Die Einreden gegen den Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Walter Lebrecht
aus Mainz.

Marburg i. H.
Chr. Schaaf, Spezialdruckerei für Dissertationen.
1913.

Referent: Prof. Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556031_0094

Übersicht.

Seite

I. Einleitung 9

II. Historische Entwicklung der elterlichen Gewalt 11

III. Einreden aus dem Interesse des Kindes 17

IV. Einreden aus Vertrag 25

1. Verträge, durch welche die Personensorge ihrer Substanz nach übertragen wird 26

2. Verträge, durch welche nur die Ausübung der Personensorge übertragen wird 38

V. Kann die Mutter die Herausgabe des Kindes verweigern, weil sie einen Scheidungsgrund hat? 49

VI. Kann das Vormundschaftsgericht eine einstweilige Regelung treffen? 59

Literatur-Verzeichnis.

Acker, Wirkungen der Scheidungsbefugnis. Marb. Diss. 1913 (Idstein).

André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Rektoratsrede vom 17. Okt. 1905. Marburger Akad. Reden, 1905, Nr. 14.

Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 3. Aufl.

Archiv für bürgerliches Recht.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 2. Aufl. Erlangen und Leipzig 1889.

Blume, in Opet-v. Blume, Familienrecht. Komm. Berlin 1906.

Brütt, Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.

Burchardi, Gemeinrechtliches Erziehungsrecht im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 8.

Centralblatt f. freiw. Gerichtsbarkeit u. Notariat.

Danziger, Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder nach dem Recht d. BGB. Leipz. Diss. 1908.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preuß., Bd. 4, Deutsches Familienrecht.

Dormann, Die elterliche Gewalt der Mutter. Marb. Diss. 1913.

Eckhard, Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder nach gemeinem Recht u. BGB. Rost. Diss. 1900.

Endemann, Einführung in das Stud. d. BGB., Bd. 2, 1900.

— —, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 9. Aufl. Berl. 1908, Bd. 2.

Entscheidungen des Reichsgerichts i. Zivilsachen.

Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 1. Bd., 1. Abt. (Einleitg., Allg. Teil). Marburg 1909.

Eccius, Beiträge zur Erl. d. deutschen Rechts, „Elterliche Gewalt und Vormundschaft i. Entw. eines BGB.“, 5. Folge, 4. u. 5. Heft. Berlin 1896.

Gimmerthal, Zur väterlichen Gewalt des BGB. i. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 104.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, Bd. 3. Göttingen 1839.

Hachenburg, Vortr. über das BGB.
Hecker, Die Adoption im geltenden Recht. Rost. Diss. 1903.
Hedemann, i. Recht 1907, S. 98.
Hölder, Kommentar z. BGB., Bd. 4: Das Familienrecht (A. B. Schmidt).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Josef, Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Regelung des persönl. Verkehrs zwischen Eltern und Kindern während bestehender Ehe i. Bl. f. RA., Bd. 74.
Juristische Wochenschrift.
Kipp, in Enneccerus, Kipp u. Wolff, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 4. u. 5. Aufl., Marb. 1912, Bd. 2, Abt. 2.
Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern n. d. BGB. Berlin 1899.
Köhne, in Gruch, Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts, Bd. 40.
Kommentar der Reichsgerichtsräte.
Kuhlenbeck, Bürgerl. Ges.-Buch. Berlin 1899—1901.
Lehmann, in Iher. Jahrb., Bd. 25, „Die elterl. Gewalt".
Motive zum Entwurf eines BGB., amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.
Opet, Das Verwandtschaftsrecht i. BGB. Berlin 1899.
Opet-v. Blume, Familienrechtskomm. Berlin 1906.
Planck, Familienrechtskomm., 3. Aufl. Berlin 1906.
Protokolle der Komm. für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897.
Rechtsprechung der OLG. (Mugdan u. Falkmann).
Rothe, Die elterl. Gewalt der Mutter nach dem BGB. Berlin 1905.
Scherer, Familienrecht des BGB. Erlangen 1899.
Schröder-Mugdan, Der deutsche Vormundschaftsrichter.
Seufferts Arch. f. die Entsch. d. obersten Gerichtshöfe.
Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft. 1901.
Staudinger-Engelmann, Familienrechtskomm., 2. Teil, 7. u. 8. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1913.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 1900, Bd. 4.
Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheid. d. Oberappell.-Gerichts zu Cassel. 1846.
Weißweiler, Die Ausübung der elterlichen Gewalt u. d. Stellung des Beistandes. Hann. u. Berl. 1900.
Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, i. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 26.

I.

Einleitung.

Der Vater kann von der Mutter, die von ihm getrennt lebt und ihm ein gemeinschaftliches Kind widerrechtlich vorenthält, die Herausgabe des Kindes verlangen, wie von jedem Dritten (§ 1632 BGB.). Denn zwar hat, wie wir gleich sehen werden, die Mutter neben dem Vater das Recht und die Pflicht der Personensorge und die Personensorge umfasst den Herausgabeanspruch. Aber es geht bei Meinungsverschiedenheiten die Ansicht des Vaters vor (§ 1634 Satz 2 BGB.). Macht der Vater seinen Anspruch auf Herausgabe des Kindes gegen die Mutter geltend, so werden ihm nicht selten die Einreden entgegengehalten, die wir im Folgenden behandeln wollen:

Erstens, die Einrede aus dem Interesse des Kindes.

Zweitens, die Einrede aus einem Vertrag.

Drittens, die Einrede des Mißbrauchs des ehemännlichen Entscheidungsrechts (§ 1354 BGB) bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes auf Seiten der Frau.

Betreffs der Einrede aus dem Interesse des Kindes bedarf es an dieser Stelle nur des kurzen Hinweises darauf, daß der Fall gemeint ist, in welchem dem Vater gegen sein Herausgabebegehren etwa erwidert wird, das Kind sei bei dem beklagten Teil besser aufgehoben, der Vater habe daher kein Recht auf Herausgabe: so sei denn also die Vorenthaltung des Kindes keine widerrechtliche.

Zur zweiterwähnten Einrede soll bereits hier hervorgehoben werden, daß Verträge über den Verbleib des Kindes nicht etwa selten vorkommen[1]).

Was endlich die Einrede des Mißbrauchs des ehemännlichen Entscheidungsrechts betrifft, so handelt es sich da um folgenden Fall: Wie bereits erwähnt, hat während der Ehe neben dem Vater auch die Mutter das Recht und die Pflicht der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes. Bei Meinungsverschiedenheiten geht die Meinung des Vaters vor. Wenn nun — so wird von manchen angenommen[2]) — in der vom Vater geplanten Maßregel ein Mißbrauch liegt, so könne dies nicht gelten, da der Grundsatz des § 1354 BGB. ein allgemeiner, im Wesen des ehelichen Verhältnisses begründeter sei, also auch bezüglich der Personensorge des Kindes angewandt werden müsse.

Die drei skizzierten Fragen lassen sich nur entscheiden, wenn man das Wesen der elterlichen Gewalt zu erkennen sucht. Unsere Aufgabe besteht darin, die historische Entwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zur elterlichen Gewalt, so wie sie jetzt im bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist, zu verfolgen und dann auf der so geschaffenen Grundlage die aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Es wird dann im Anschluß daran noch erörtert, in wieweit das Vormundschaftsgericht eine einstweilige Regelung über den Verbleib der Kinder treffen kann, wenn die Eltern tatsächlich getrennt leben.

---

1) André a. a. O. S. 1.

2) Dernburg a. a. O. § 74, VII.

II.

Historische Entwicklung der elterlichen Gewalt.

Das römische Recht kennt eine patria potestas, keine elterliche Gewalt. Diese patria potestas ist ein Herrschaftsrecht, welches so weit geht, daß es von manchen[1]) als ein Eigentumsrecht des Vaters an den Kindern angesprochen wird, zumal der Vater die Kinder verkaufen konnte und sogar das Recht über Leben und Tod hatte. Andere wiederum fassen das Verhältnis zwischen Vater und Kindern als ein dem Eigentum nahe verwandtes Verhältnis auf[2]). Es erübrigt sich hier auf diese Streitfrage einzugehen, zumal es feststeht, daß tatsächlich die Schranken, die der väterlichen Gewalt vom Rechte gezogen waren, nicht enger sind, als die des Eigentums. Es mag die Feststellung genügen, daß sich die väterliche Gewalt als eine vollständige Herrschaft des Vaters über seine Hauskinder darstellt, eine Herrschaft, der nur durch das eigene Interesse des Vaters Grenzen gezogen waren. Nur geringe rechtliche Verpflichtungen, hauptsächlich vermögensrechtliche, standen diesen weiten Machtbefugnissen gegenüber. Zu diesen rechtlichen Verpflichtungen gehört die Erziehungspflicht als eine Art naturrechtlicher Bindung des Vaters. Danach

---

1) Göschen S. 239.

2) vgl. zu dieser Streitfrage: Burchardi, i. Arch. f. Ziv.-Prax. 8, 176; Brinz S. 594.

hat der Vater das Kind zu erziehen und an dem Kinde zu leisten, „quod natura omnia animalia docuit“, er hat es zu erziehen, sowie ja auch etwa ein Tier sein Junges großzieht[1]). Diese Macht liegt allein in der Hand des Vaters. Weder bei Lebzeiten noch nach dem Tode des Mannes hat die Mutter kraft eigenen Rechts die rechtliche Befugnis, auf ihr Kind einzuwirken. Das Verhältnis zwischen Mutter und Kind beruhte vielmehr auf sittlichen und natürlichen Grundlagen[2]). Ihr natürliches Erziehungsrecht geht in der patria potestas des Vaters auf. Erst allmählich tritt eine Umwandlung der väterlichen Gewalt durch den Einfluß einer Gewalt der Mutter ein. Das Recht der Mutter entwickelte sich in deutschen Rechtsgebieten. Wir finden Volksrechte, in welchen die Mutter stärkere Macht hat, als der Vater[3]). In anderen wiederum tritt das Recht der Mutter hinter dem des Vaters zurück. Es zeigt sich aber einheitlich in der deutschen Rechtsentwicklung die Tendenz, die väterliche Gewalt in eine elterliche zu verwandeln. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland warf sich dieser Entwicklung entgegen, indem sie dem römisch rechtlichen Prinzip der patria potestas auch in Deutschland Geltung verschaffen wollte. Indessen ließ sich die deutschrechtliche Auffassung von der natürlichen Schutzgewalt, deren das Kind bedarf, und von der Teilnahme der Mutter an dieser Schutzgewalt, nicht verdrängen[4]). So bildete sich die Ansicht, daß die Personensorge eine gesetzlich zu regelnde rechtliche Pflicht sei, und daß die der Pflicht entsprechenden Rechte des Gewalthabers nicht als ein diesem in Folge seiner Gewalt über das Kind zufallender Vorteil

1) Danziger S. 5 Dig. I, 1, L. 1, § 3.

2) Burchardi a. a. O. S. 162.

3) z. B. Sächs. Weichbild c. 92; Fränk. Landrecht, Ord. III, 118, § 1, 2.

4) Lehmann i. Jher. Jahrb. Bd. 25 S. 142, 43; Stobbe a. a. O. Bd. 4 S. 387.

aufgefaßt werden dürfe, sondern als eine Entschädigung der durch die Erziehungspflicht notwendig werdenden Leistungen[1]). Allerdings steht auch in diesem Zustand der Entwicklung die rechtliche Stellung, welche der Mutter hinsichtlich der elterlichen Gewalt eingeräumt ist, zu der tatsächlichen Gewaltstellung der Mutter in keinem Verhältnis. Denn von jeher war es die Mutter, die das Erziehungsrecht, das wichtigste Stück der elterlichen Gewalt, in Wirklichkeit ausgeübt hat. Daraus erklärt es sich auch, daß hauptsächlich seit der Zeit des Naturrechts die Meinung durchdrang, daß die Gewalt über die Kinder von Natur aus beiden Eltern zusteht[2]). Schließlich wirkte die Anschauung, daß die Frau rechtlich dem Manne gleichzustellen ist, dahin, die natürlichen Rechte der Mutter auch rechtlich festzulegen. Der code civil (Art. 372) eröffnete die Reihe der Gesetze, welche diese Entwicklung legalisierten, deren vorläufigen Abschluß das Bürgerliche Gesetzbuch bildet. Nach ihm nimmt die Mutter an der elterlichen Gewalt teil, besonders an der Personensorge. Auf diese Weise ist die Mutter in den Stand gesetzt, kraft eigenen Rechtes die Schutzgewalt auszuüben, die ihr die Natur gab. Die deutsche Auffassung, nach der die Frau und Mutter von jeher eine angesehene Stellung inne hat, ist durchgedrungen; von den deutschen Partikularrechten, welche sich im Gegensatz zum gemeinen römischen Recht ausbildeten, ist die mütterliche Gewalt als „elterliche Gewalt" in das deutsche Reichsrecht übergegangen[3]).

So finden wir als den zur Zeit in Deutschland geltenden Zustand: Es besteht eine elterliche Gewalt über die Kinder, die allerdings ihrem tiefsten Wesen nach vom Bürgerlichen Gesetzbuch noch nicht anerkannt, sondern

---

1) Opet S. 178.

2) Pfaff, Verhandl. d. 19. Jur.-Tages Bd. 2, 157.

3) Rothe S. 3.

erst einstweilen als neuer Begriff aufgestellt worden ist. Mit Recht hebt Dormann[1]) hervor, daß der Ausdruck „elterliche Gewalt", dessen Einführung mit so großem Lob begrüßt worden ist, nur mit Vorsicht zu verwenden sei. Denn eine von beiden Eltern gleichmäßig ohne gegenseitige Beschränkung ausgeübte elterliche Gewalt, wie man sie dem Wortlaute nach erwarten sollte, besteht nicht. Die Gewaltstellung der Mutter neben dem Vater während dem Bestehen der Ehe ist folgende: Die Mutter hat die Personensorge des Kindes, steht aber mit ihrer Ansicht hinter der Entscheidung des Vaters zurück (§ 1634 BGB.). Eine Vertretungsmacht hat sie nicht. Es kann also mit Recht die Frage aufgeworfen werden, ob eine solche Gewaltstellung überhaupt noch als „elterliche Gewalt" bezeichnet werden kann. Nach der herrschenden Ansicht hat die Mutter eine mit der des Vaters konkurrierende elterliche Gewalt. Diese Ansicht ist wiederum geteilt in zwei Unteransichten: Die einen nehmen eine verschieden starke elterliche Gewalt an[2]). Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, daß es sich mit dem Wortlaut des BGG. nicht verträgt, eine elterliche Gewalt mit verschiedenem Inhalt anzunehmen[3]). Das BGB. wollte einen einheitlichen Begriff der elterlichen Gewalt aufstellen[4]).

Die anderen sagen, die elterliche Gewalt stehe den Eltern gemeinschaftlich zu, aber so, daß die Ausübung der Gewalt durch die Mutter gehemmt ist mit Ausnahme der Personensorge[5]). Diese Ansicht hat aber keinen praktischen Wert. In Wahrheit ist die Sachlage so, daß die Gesetzgebung formell eine elterliche Gewalt schaffen wollte, aber

---

1) a. a. O. § 2.

2) Planck, Vorb. zu § 1684; Staudinger, Vorb. 3 zu § 1684; RG.-Komm., Vorb. 2 zu § 1616 ff. und andere.

3) Dormann § 2.

4) Blume, Bem. 1 zu § 1634; Rothe S. 9 ff.

5) Blume, Vorb. I, 3 zu § 1684.

materiell auf einer väterlichen — und erst nach deren Wegfall eintretenden mütterlichen — Gewalt angelangt ist. Dies ist aus dem § 1685 deutlich zu erkennen, welcher vorschreibt: „Ist der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert oder ruht seine elterliche Gewalt, so übt während der Dauer der Ehe die Mutter die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung aus". Wenn nämlich eine elterliche Gewalt völlig zur Durchführung gelangt wäre, so brauchte der § 1685 der Mutter nicht die elterliche Gewalt nur der Ausübung nach anzuvertrauen. Dann verstünde es sich von selbst, daß in Behinderungsfällen des Vaters die Mutter diese Gewalt ausübt, die ihr ja dem Rechte nach schon zusteht. Die völlig klare Durchführung einer elterlichen Gewalt liegt in der Zukunft. Es verschlägt aber nichts, dennoch der Ausdrucksweise des BGB. zu folgen und von einer elterlichen Gewalt zu sprechen, zumal man sich stets vergegenwärtigen kann, daß die hier gegebene Auffassung mit der tatsächlichen Regelung des BGB. im Einklang steht.

Was nun den Inhalt der Gewalt selber angeht, so unterscheidet das Gesetz zwei Zweige. Der eine davon ist die Sorge für die Person, der andere die Sorge für das Vermögen des Kindes. Die Personensorge ist, wie Opet[1]) ausführt, der Inbegriff derjenigen Rechte und Pflichten, deren Betätigung die leibliche und die geistige Existenz des Kindes bis zum Eintritt der Volljährigkeit derart zu fördern bestimmt ist, daß die durch die Rechtsordnung an diesen Termin geknüpfte Erwerbung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit das Kind in einem dieser Erweiterung seiner rechtlichen Sphäre angemessenen leiblichen und geistigen Zustand trifft. Dahin gehören Vertretung, Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung. Die Erziehung umfaßt die Pflicht und das Recht, in einer den

1) Opet S. 182.

Interessen, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche und geistige und insbesondere auch für die sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, dasselbe zu einem bestimmten Lebensberuf fähig zu machen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die Handlungen des Kindes zu leiten (Motive Bd. 4, S. 750). Zur Durchführung dieser Aufgaben hat der Gewalthaber ein Züchtigungsrecht und den Anspruch, die Herausgabe des Kindes von jedem, der es ihm widerrechtlich vorenthält, zu verlangen (§ 1632 BGB.).

Auf der so gewonnenen Grundlage kann nun die Behandlung der ersten der aufgeworfenen Fragen einsetzen.

III.

Einreden aus dem Interesse des Kindes.

Kann dem Vater auf seine Klage auf Herausgabe des Kindes seitens der Mutter eine Einrede aus dem Interesse des Kindes entgegengehalten werden, kann die Mutter etwa sagen, der Vater mißbrauche sein Recht, denn das Kind sei bei ihr besser aufgehoben?

Das BGB. gibt in Fällen des Mißbrauchs nur dem Vormundschaftsgericht ein Recht zum Eingreifen. Es heißt im § 1666: „Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen".

Ein näheres Eingehen auf die Fälle, für welche diese Gesetzesvorschrift gegeben ist, erübrigt sich. Es mag hier folgende kurze Feststellung genügen: Es muß das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet sein. Eine solche Gefährdung ist anzunehmen, wenn eine begründete Besorgnis, daß das Kind geschädigt werde, vorhanden ist. Die Besorgnis ergibt sich jeweils aus den tatsächlichen Verhältnissen. Es muß die Wahrscheinlichkeit vorliegen und sie muß durch die Umstände begründet sein, daß das Kind einen Schaden erleiden wird. Die Gefährdung tritt dadurch

ein, daß der Gewalthaber das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht. Eine Vernachlässigung liegt vor, wenn die Eltern ihren Verpflichtungen betreffend die Fürsorge für ihr Kind überhaupt nicht oder nicht in gehörigem Maße nachkommen, d. h. sowohl wenn sie sich um ihr Kind nicht kümmern, als auch wenn unrichtige Erziehungsmaßregeln angewandt werden. Der Fall des unsittlichen oder ehrlosen Verhaltens, der ja nach § 1666 ebenfalls zu einem Einschreiten des Vormundschaftsgerichts führen kann, interessiert hier nicht weiter. Wir wenden uns daher dem Erfordernis des Mißbrauchs zu. Ein Mißbrauch wird z. B. dann vorliegen, wenn der Gewalthaber das Kind zum Bösen verleitet, wenn er das Kind für seine Zwecke unbillig ausnutzt und etwa schon vor der Schulzeit seine Arbeitskraft überanstrengt[1]). Von Interesse ist hier der Fall, daß der Herausgabeanspruch in mißbräuchlicher Weise ausgeübt wird. Unter besonderen Umständen ist nämlich auch das Verlangen des zur Herausgabe berechtigten als ein mißbräuchliches zu betrachten, so z. B. wenn das Kind infolge jugendlichen Alters der mütterlichen Pflege bedarf oder wenn der Vater ein heruntergekommener Mensch ist, der nicht arbeitet, seine Frau mißhandelt und beschimpft, das Kind aber bei der Mutter gut untergebracht ist. Wir sehen also hiernach, daß das Vormundschaftsgericht in solchen Fällen einzuschreiten hat. Das Vormundschaftsgericht muß dann die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln treffen. So mannigfaltig die Verhältnisse sind, aus denen sich eine Gefahr für das Kind ergeben kann, so verschieden voneinander können unter Umständen die hiergegen anzuwendenden Mittel sein. Dieselben stehen im Ermessen des Richters. Eine erschöpfende Aufzählung der Wege, auf denen man zu einem

1) K. G. Urteil vom 18. 2. 02, EOLG. 6, 288; Knitschky a. a. O. S. 215.

Ziele gelangen kann, ist unmöglich. Man wird die Maßregeln in solche einteilen können, die eine Beschränkung oder Entziehung der Sorge für die Person des Kindes nicht enthalten und im Gegensatz hierzu in solche, durch die der elterliche Gewalthaber in der Personensorge beschränkt wird. Zu den ersteren Maßnahmen gehören Gebote und Verbote gegen den Gewalthaber und die Androhung weiterer Maßregeln. Die andere Gruppe von Maßregeln des Vormundschaftsgerichts, welche sich gegen den Gewalthaber richten, charakterisiert sich durch größere Strenge. Es wird empfindlich in das Elternrecht eingegriffen, die Personensorge wird eingeschränkt oder dem Gewalthaber ganz entzogen.

Diesen weitgehenden Befugnissen des Vormundschaftsgerichts gegenüber ist nachdrücklich festzustellen, daß im Zivilprozeß nicht eingewandt werden kann, die Entscheidung des Vaters stelle einen Mißbrauch seines Rechts gegenüber dem Kinde dar.

Denn die Untersuchung, ob das Wohl des Kindes durch den Mißbrauch des Rechts der Personensorge gefährdet wird, ist nicht Sache des Prozeßrichters, sondern des Vormundschaftsrichters, der seine Ermittlungen von amtswegen anzustellen hat. Nicht aber ist die Frage Gegenstand einer prozeßrichterlichen Beurteilung, die sich nach Verhandlungsmaxime richtet, also auf dem Parteivorbringen beruht. Sonst könnte dadurch, daß die Parteien beide übereinstimmend etwas Unwahres aussagen und der Prozeßrichter dies seinem Urteil zugrunde zu legen hat, ein Eingriff in die Rechte, welche dem Vormundschaftsgericht kraft der ihm vom Gesetz gegebenen Oberaufsicht zustehen, stattfinden. Die elterliche Gewalt hat vom heutigen Recht eine vorwiegend vormundschaftliche Gestaltung erfahren. Es stehen sich die selbständige elterliche Gewalt und die Oberaufsicht des Staates gegenüber, welche eingreift, wenn ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt zutage tritt. Um solche

Fälle des Mißbrauchs aus der Welt zu schaffen, mußte der Staat ein Verfahren festsetzen, welches es ermöglicht, die objektiven Umstände eines jeden Mißbrauchs von amtswegen zu ermitteln. Die unbedingt richtige Feststellung der einem Mißbrauchsfall zugrunde liegenden Tatsachen ist nur einer Behörde wie dem Vormundschaftsgericht in wünschenswerter Weise möglich, weil es frei ist in der Art und im Umfang seiner Ermittlungen und Entschließungen und weil sein Verfahren nicht durch den Zwang prozessualer Vorschriften eingeengt ist. Das Prozeßgericht indessen kann zu einer objektiven Feststellung von Tatsachen nicht im gleichen Maße gelangen, denn es gilt im Zivilprozeß nicht, das objektiv Richtige festzustellen. Aus diesem Grunde ist ausdrücklich bestimmt, daß allein das Vormundschaftsgericht entscheiden darf, ob im Einzelfall ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt vorliegt oder nicht. Daraus folgt, daß die Herausgabe der Kinder nicht deswegen verweigert werden darf, weil ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt vorliege, denn damit würde die Entscheidung hierüber dem Vormundschaftsgericht weggenommen und dem Prozeßgericht unterbreitet[1]).

Der Beklagte kann nur dahin wirken, daß der Vormundschaftsrichter nach § 1666 des BGB. eingreift und dem Vater die Sorge für die Person des Kindes entzieht. Mit der Entziehung entfällt dann der Klagegrund[2]).

Von einem anderen Gesichtspunkt aus kommt Eckard[3]) zu der gleichen Ansicht. Das BGB. behandelt im § 1634 die Fürsorge der Mutter neben der des Vaters offenbar nur während des Zusammenlebens der Eltern. Da die nur tatsächliche Trennung vom Recht nicht anerkannt wird, sind auch keine besonderen Bestimmungen darüber getroffen und

1) Reichsgerichtsurteil v. 17. 5. 03, bei Gruch. Bd. 47, S. 382; ferner EOLG. Bd. 4, S. 103.

2) Kipp, § 79, V. Sächs. Archiv 1910 Nr. 48 ff.

3) S. 44.

man darf wohl daraus schließen, daß der Mutter die Einrede, das Kind sei besser bei ihr aufgehoben, nicht zusteht. Zumal sie sich ja im Fall der Gefährdung des geistigen und leiblichen Wohles des Kindes dadurch helfen kann, daß sie das Vormundschaftsgericht anruft (§ 1666 BGB).

Das Recht der Sorge für das Kind kann der Vater zu Ungunsten des Kindes oder zu Ungunsten dritter Personen gebrauchen. Nur der ersterwähnte Fall ist ein „Mißbrauch des Rechts der Sorge für das Kind", sowie ihn § 1666 BGB. fordert. Denn die Vorschrift dient allein dem Interesse des Kindes, was unter anderem nicht nur aus der Stellung des § 1666, sondern auch besonders aus seinen ersten Worten hervorgeht. Deswegen erscheint mir Dernburgs Beurteilung des von ihm (§ 74, V. a. a. O.) erwähnten Beispiels nicht richtig zu sein. Danach soll es ein Mißbrauch des Rechts der Sorge für das Kind sein, wenn der Vater das Kind den Pflegeeltern, die das Kind lieb gewonnen haben, wegnehmen will, nicht etwa im Interesse des Kindes, sondern um von den Pflegeeltern auf diese Weise Geld zu erpressen. Zuzugeben ist, daß der Vater hier mit seinem Recht einen Mißbrauch treibt. Aber er mißbraucht sein Recht nicht dem Kind gegenüber, sondern gegenüber dritten Personen — ein Fall, der nicht nach § 1666 zu beurteilen ist.

Auch Endemann und Planck[1]) sprechen sich dahin aus, daß im Prozeß kein Einwand des Mißbrauchs der elterlichen Gewalt erhoben werden kann, ebensowenig als hier die Behauptung Beachtung findet, das Kind sei bei seiner Mutter (oder bei den Pflegeeltern) besser behütet, als bei dem zur Sorge „Berechtigten". Es gibt keinen Einwand aus dem Interesse und dem Recht des Kindes. Die Ordnung hierüber gebührt den Eltern kraft eigenen

---

1) Planck, zu § 1632 Bem. 3.

Rechts und im Falle des Mißbrauchs dem Vormundschaftsgericht[1]).

Aber auch der Vormundschaftsrichter kann das Kind nicht einfach bei der Mutter lassen, da es dort besser aufgehoben ist. Das Kammergericht[2]) sagt in einer Entscheidung vom 27. Oktober 1902, wenn der Vormundschaftsrichter die Voraussetzungen des § 1666 nicht prüfe, sondern einfach nach dem Interesse des Kindes entscheide, so verstoße er gegen das Gesetz. Ob das Kind tatsächlich bei dem einen oder anderen Elternteil besser aufgehoben sei, sei belanglos, so bedeutsam diese Frage auch für eine anordnende Maßregel des Vormundschaftsgerichts sein könne[3]). In einem anderen Urteil[4]) heißt es: ein Recht auf Vorenthaltung kann sich stützen auf eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts, etwa gemäß § 1666 oder auf eine Verfügung des Prozeßgerichts nach § 627 der Zivilprozeßordnung. Nicht widersprochen werden kann der Herausgabe durch den bloßen Hinweis darauf, daß sie dem Interesse des Kindes widerstreite. Denn über die Frage, ob das Kind besser bei dem Beklagten aufgehoben ist oder nicht, hat das Prozeßgericht nicht zu entscheiden, sondern das Vormundschaftsgericht. Die gleiche Ansicht vertritt auch André[5]). Wenn der Vater das Recht der Mutter, an der Personensorge teilzunehmen, beeinträchtigt, so werden in vielen Fällen die Voraussetzungen des § 1666 gegeben sein, denn die Pflege des Kindes — namentlich in jungen Jahren — ist überwiegend Sache der Mutter. So wird also der Vater, der die Mutter von der Pflege verdrängt, seine Pflicht gegenüber dem Kind verletzen, seine Gewalt

---

1) Staudinger, zu § 1632, 2 b; Köhne i. Gruch. Bd. 4; 601.

2) ERG., Bd. 10. S. 113, 18, 186; 39, 107. EOLG. Bd. 4. S. 101; 6, 60. Z. Bl. Bd. 1. 997.

3) EOLG. Bd. 6, 60.

4) Sächs. Arch. für Rechtspfl. 1910. Bd. 5. S. 48.

5) S. 30.

mißbrauchen und in der Regel damit eine Gefährdung des leiblichen und geistigen Wohles des Kindes verursachen[1]). Wenn also die Voraussetzungen des § 1666 BGB. vorliegen, so greift das Vormundschaftsgericht ein.

Diese Ansicht stimmt mit der herrschenden Meinung überein. Es wird von den Gegnern meistens gesagt, daß gegen den Mißbrauch der elterlichen Gewalt der § 1666 schütze, außerdem auch der § 1680 BGB., der die Verwirkung der elterlichen Gewalt androhe. Da jeder Mißbrauch aber zugleich auch eine Überschreitung der elterlichen Gewalt bedeute, deren Grenze durch das Wohl des Kindes gezogen sei, so bilde jedes aktive Verhalten der Eltern gegenüber dem Kind, das nicht das Wohl des Kindes zum Zweck habe, einen Mißbrauch der elterlichen Gewalt und sei daher unzulässig. Hieraus wird dann gefolgert, daß das Verlangen des Gewalthabers nach Herausgabe des Kindes als Mißbrauch der elterlichen Gewalt abgelehnt werden müsse, wenn es nicht dem Wohl des Kindes zu dienen bestimmt sei. Dritte könnten also die Herausgabe des Kindes in dessen Interesse verweigern[2]). Dem ist außer den oben angeführten Gründen ferner noch entgegenzuhalten, daß zwar die natürlichen Grenzen der elterlichen Machtbefugnisse dahin gezogen sind, daß die Eltern niemals gegen das Interesse des Kindes handeln dürfen[3]), daß man aber doch keinesfalls einem Dritten die Macht geben darf, sich zum Richter über das Verhalten des Vaters zu machen[4]).

Endlich ist die Auffassung des RG.[5]) zu erwähnen: danach hat der Mann zwar den Herausgabeanspruch, da seine Meinung gegenüber der Meinung der Frau nach § 1634 vorgeht, auch gegen seine Frau. Trotzdem sei aber hier

---

1) Planck a. a. O.
2) Blume a. a. O.; ferner Weißweiler a. a. O. S. 21.
3) Weißweiler a. a. O.
4) Hachenburg a. a. O. S. 72.
5) Jur. W. 1907. S. 6 ff.

eine Weigerung der Frau zuzulassen, weil der Mann garnicht in Ausübung der Personensorge handle, dadurch also das Herausgabeverlangen aus § 1632 durch den eben erwähnten § 1634 nicht gedeckt werde.

Man muß sich aber demgegenüber nur einmal vor Augen halten, daß gerade der § 1634 selber eine solche Einrede nicht gestattet. Denn den Mißbrauch, den der Vater mit seinem Rechte dem Kind gegenüber treibt, will der § 1666 BGB. ausschließlich regeln[1]).

Wir haben also gesehen, daß der Mann mit seiner Klage auf Herausgabe der Kinder durchdringt, auch wenn ihm eine Einrede aus dem Interesse des Kindes entgegengehalten wird. Wir kommen jetzt zu dem zweiten der zu behandelnden Punkte.

1) Wetzel S. 127.

IV.

Einreden aus Vertrag.

Häufig wird der Klage des Gewalthabers auf Herausgabe des Kindes entgegengehalten, es bestehe ein Vertrag, der zur Verweigerung der Herausgabe berechtige. Solche Verträge treten besonders häufig zwischen Ehegatten auf, die sich tatsächlich voneinander getrennt haben, ohne geschieden zu sein. Es wird vereinbart, die Kinder sollen bei dem Vater oder der Mutter sein oder auch, die Kinder werden unter die Eltern verteilt. Es erhebt sich die Frage: Ist die Vorenthaltung des Kindes unter Hinweis auf einen derartigen Vertrag eine widerrechtliche oder nicht? Es muß also die Natur solcher Verträge untersucht und festgestellt werden, ob und wieweit sie Geltung haben. Zu diesem Zweck wird zunächst eine Zweiteilung der genannten Verträge vorgenommen: es kommen einmal Verträge vor, durch welche die Ausübung der Personensorge ihrer Substanz nach[1]) übertragen werden soll. Zweitens kann es sich um Verträge handeln, durch welche die bloße Ausübung der Personensorge einem anderen überlassen wird. Es ist für beide Arten getrennt zu untersuchen, ob man sie dem Anspruch auf Herausgabe entgegenhalten kann oder nicht, denn sie unterscheiden sich in ihrem inneren Wesen.

1) Der Ausdruck „dinglicher Verzicht“ (so André) ist wegen des feststehenden Inhalts der Bezeichnung „dinglich“ nicht unbedenklich. cf. Danziger a. a. O. S. 16 Anm. 3.

1. Verträge, durch welche die Personensorge ihrer Substanz nach übertragen wird.

Sie sind nichtig. Verträge können im Familienrecht nur geschlossen werden, wo sie ausdrücklich zugelassen sind; denn das Familienrecht bewegt sich nicht in dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, wie das Recht der Schuldverhältnisse. Daher ist der Vertrag, durch welchen der Gewalthaber auf seine elterliche Gewalt verzichten will, unmöglich. Nicht aber liegt der Grund für die Nichtigkeit der behandelten Verträge etwa schlechthin in ihrer Unsittlichkeit. Dies mag zwar in zahlreichen Fällen so sein, z. B. wenn in einem derartigen Vertrag von Geld oder Geldeswert abhängig gemacht wird, was nach den guten Sitten nicht davon abhängig gemacht werden soll[1]). Aber allgemein zu sagen, der Verzichtsvertrag des Gewalthabers verstoße gegen die sittlichen Grundsätze des Familienrechts, wie Endemann[2]) dies annimmt, ist wohl kaum angängig. Dergleichen wird freilich öfters gesagt. Man macht geltend, Verträge über den Verzicht auf die elterliche Gewalt seien als gegen die guten Sitten verstoßende zu betrachten. So wenig die elterliche Gewalt in ihrer Totalität den Gegenstand eines Vertrages bilden könne, sagt Opet[3]), so wenig sei das bezüglich ihrer einzelnen Bestandteile, z. B. des Herausgabeanspruchs, der Fall. Denn es handele sich um eine Rechtsmaterie, deren vertragliche Gestaltung den guten Sitten widerspreche, weil sie familienrechtlicher Natur sei. Daher sei die Weigerung der Herausgabe widerrechtliche Vorenthaltung, wenn sie sich auf einen Vertrag stütze. Das ist indessen nicht ganz richtig. In einer Reihe von Fällen ist es nicht die Unsittlichkeit im Sinn des § 138 BGB., welche den Verzichtsvertrag nichtig sein läßt. Denn Ver-

1) Enneccerus I § 179 II, 3.

2) S. 199. Bd. 2, 1 a.

3) a. a. O. S. 217.

träge der gedachten Art sind ja sogar häufig das Resultat großer Selbstbeherrschung der Eltern, welche in Streit leben, aber dennoch sich zu einer ruhigen Überlegung und Beratung über das Wohl ihrer Kinder zwingen. Vielfach sind es die edelsten Motive, welche zu Verträgen über die Kinder führen. Man kann für die Nichtigkeit der Verzichtsverträge auch nicht etwa ins Feld führen, daß die Sätze über die Personensorge eigentlich keinen rechtlichen Charakter trügen. Man findet die Auffassung vertreten, die Vorschriften über die Personenfrage seien Folgerungen, welche der Gesetzgeber aus den bestehenden natürlichen Verhältnissen notwendigerweise hätte ziehen müssen. Die elterliche Gewalt finden wir als ein „natürlich sittliches Verhältnis" bezeichnet[1]) André nennt die elterliche Gewalt eine „Gewalt von Gottes Gnaden". Das Recht brauche diese Gewalt weder zu schaffen noch den Eltern zu geben[2]). Aus diesen Sätzen, die einer alten naturrechtlichen Auffassung entsprechen und auf deren Widerlegung wir hier nicht eingehen wollen, kann man wohl kaum folgern, daß die Personensorge kein verzichtbares Recht ist, sondern die Verzichtsverträge sind deshalb unzulässig, weil sie rechtlich nicht zugelassen sind, da das Familienrecht, wie schon gesagt, nicht von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht ist. Und dies hat seine guten Gründe. Da Ehe- und Familienverband die Grundlage der Gestaltung unseres sozialen Lebens bilden und sich unsere ganze Gesellschaftsordnung auf sie stützt, so kann es unmöglich vom Recht zugelassen werden, daß durch private Willkür Änderungen des durch die Rechtsnormen der Ehe und Familie festgestellten Zustandes vorgenommen werden,

---

1) Endemann, Einführung in das Studium des BGB. Bd. 2. S. 866 Anmerkung 3. Ferner R. G. Urteil vom 7. 5. 03 bei Gruchot Bd. 47. S. 978.

2 André S. 21.

wo die Rechtsordnung nicht selber dies ausdrücklich durch dispositive Normen gestattet. Man muß Danziger Recht geben, wenn er behauptet, daß jeder Wechsel nach dieser Richtung hin zugleich eine Beunruhigung der gesellschaftlichen Verhältnisse in sich birgt[1]). Alle Bestrebungen, die geeignet sind, die Fundamente der genannten Rechtsinstitute zu untergraben, sind vom Standpunkt des sozialen Ideals aus entschieden zu verwerfen[2]). Gerade aus diesem Interesse heraus, welches der Staat an der Durchführung seiner Vorschriften hat, erklärt es sich, daß eine Reihe von familienrechtlichen Gebilden hinsichtlich der Entstehung ihrer vollen Wirksamkeit oder hinsichtlich ihrer Ausübung der Kontrolle und Einwirkung eines staatlichen Organes unterliegen, nämlich des Vormundschaftsgerichts. Um nur wenige Beispiele zu geben: das Vormundschaftsgericht entscheidet bei Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Pfleger (§ 1629 BGB.), es kann dem Vater die Vertretung des Kindes entziehen (§ 1630), es kann den Eltern die gesamte Personensorge wegnehmen (§ 1666). Hiernach sehen wir, daß Birkmeyer, wenn er sich auch etwas drastisch ausdrückt, doch im wesentlichen den Kern der Sache trifft, wenn er in seiner Enzyklopädie[3]) von den elterlichen Rechten sagt: „Jene Befugnisse sind im Grunde genommen keine eigenen Rechte, sondern gleichen den Befugnissen, die ein Beamter auf Grund staatlicher Ermächtigung ausübt. Es klingt zwar heutzutage paradox, wenn man die elterliche Gewalt gleich der Vormundschaft als ein Amt erklärt; aber die Grundauffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist davon nicht mehr weit entfernt". So deutet die vormundschaftliche Gestaltung, aus der der öffentlichrechtliche Einschlag der Personensorge hervorgeht, daraufhin, daß auf die Personensorge der Substanz nach nicht verzichtet werden kann.

1) a. a. O. S. 16.
2) Brütt, S. 204.
3) 3. Aufl. S. 543.

Dieser Satz war im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten (§ 1561 E. I). Die Vorschrift ist später gestrichen worden mit der Begründung, sie enthalte etwas selbstverständliches, sei deswegen überflüssig[1]). Die Auffassung war also die, daß es sich um einen feststehenden Grundsatz handle, der auch dann Geltung habe, wenn er nicht ausdrücklich im Gesetz enthalten sei[2]). Nicht aber darf man mit Köhne[3]) annehmen, aus dem Streichen der Vorschrift gehe hervor, daß der Verzicht auf die Personensorge zulässig sein soll. Denn das würde der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs widerstreiten.

Das Gesetz selbst gibt, wenn auch versteckt, Anhaltspunkte für unsere Auffassung. Wenn nämlich der § 1631 Abs. 1 von einem Recht und einer Pflicht, das Kind zu erziehen, spricht, so ist damit die Natur der elterlichen Gewalt, die zugleich eine Pflicht aufbürdet, ausgesprochen[4]). Auf Pflichten aber kann man natürlich nicht verzichten. Der Staat kann ja sogar den Vater zur Ausübung der Personensorge zwingen, man denke z. B. an den Schulzwang, oder an den Impfzwang, hinter denen die staatlichen Mittel der Ordnungsstrafen und der Ersatzvornahme stehen.

Auch per argumentum e contrario kommt man zu der hier vertretenen Ansicht der Unverzichtbarkeit der Personensorge. § 1662 BGB. erlaubt dem Vater ausdrücklich den Verzicht auf die Nutznießung am Kindesvermögen. Diese aber ist ein Stück der elterlichen Gewalt (§ 1649), folglich ist diese letztere grundsätzlich, also in Bezug auf alle anderen Stücke, unverzichtbar. Allerdings wollen wir zugeben, daß dieses Argument nur im Zusammenhang mit den bereits erwähnten Bedeutung hat; denn für sich allein betrachtet,

---

1) Prot. IV, 662.

2) Reichsgerichtsurteil v. 13. 3. 05 i. d. J. W. 05. S. 292.

3) Gruch. Bd. 40. S. 601.

4) Hachenburg, S. 72.

ließe sich der § 1662 auch als ein besonders hervorgehobener Ausfluß des Prinzips der Verzichtbarkeit deuten. Mit der geschilderten Entstehungsgeschichte des BGB. zusammen gehalten, erweist sich das argumentum e contrario aus § 1662 BGB. als zu Recht benutzt. In unserem Sinn hat auch das Kammergericht in einem Urteil vom 10. 12. 1902 entschieden. Es hat da der von seiner Frau getrennt lebende Mann die Herausgabe der gemeinschaftlichen Tochter verlangt, die Beklagte jedoch diesem Begehren mit der Behauptung widersprochen, sie habe mit dem Kläger bei der Trennung vereinbart, daß sie die Tochter behalten solle. Es heißt in dem Urteil: „In einem Vertrag, durch den der Erziehungsberechtigte sein Kind einem Dritten zur Erziehung übergibt, würde die Bestimmung ungültig sein, daß die Befugnis des Erziehungsberechtigten, sein Kind jederzeit zurückzunehmen, ausgeschlossen sein solle. Nach § 1632 BGB. kann er die Herausgabe des Kindes von jedem verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält. Dieses Recht ist ein Ausfluß der elterlichen Gewalt. Nun kann zwar der Vater auf einen Teil der Rechte der Gewalt, nämlich die Nutznießung am Kindesvermögen, verzichten. Dagegen ist ein Verzicht auf die sonstigen Rechte, welche aus der väterlichen Gewalt herrühren, unzulässig. Das Recht steht dem Vater zu, und er kann es auch der Mutter gegenüber voll in Anspruch nehmen . . .“ Unsere Auffassung von der Unverzichtbarkeit der Personensorge wird auch von der Literatur ganz überwiegend geteilt. So führt z. B. Endemann[1]) aus, daß die Verträge, durch welche die Eltern auf ihr Fürsorgerecht verzichten, und dieses z. B. an Pflegeeltern dauernd oder auf festbestimmte Zeit abtreten, nichtig sind, da darin eine Verletzung der in der elterlichen Gewalt begründeten Pflichten zur Personenfürsorge enthalten sei[2]).

---

1) Endemann, a. a. O. S. 199. Bd. 2, 1 a.

2) Ebenso RG. i. JW. Bd. 33. S. 256.

Aus der Unwirksamkeit folgt naturgemäß direkt, daß eine Einrede der rechtmäßigen Vorenthaltung nicht aus der vertragsmäßigen Überlassung der Personensorge entnommen werden kann[1]).

Dieser weitaus überwiegenden Ansicht[2]) wird verschiedenes entgegengehalten. So wird z. B. in einer Entscheidung des Kammergerichts vom 11. VII. 1904[3]) ausgeführt, ein Vertrag der Eheleute darüber, bei wem von ihnen die Kinder erzogen werden sollen, sei nach BGB. nicht als gegen die guten Sitten verstoßend zu betrachten. Daraus, daß im § 1635 der Verträge geschiedener oder in Scheidung stehender Eheleute über die Erziehung ihrer Kinder nicht Erwähnung geschehe, könne eine Schlußfolgerung darauf, daß solche Verträge unzulässig seien, unmöglich gezogen werden. Daraus kann es allerdings nicht geschlossen werden, sondern die Unzulässigkeit von Verträgen, durch die die Personensorge materiell übertragen wird, folgt aus dem oben Gesagten. Zwar stößt auch das zitierte Urteil auf Bedenken: „die Motive enthielten die Bemerkung, daß der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs derartige Abkommen nicht billige, sondern für nicht vereinbar halte mit den Pflichten der Eltern". Anstatt aber aus diesen Sätzen das leitende Prinzip herauszulesen, daß die Übertragung des Erziehungsrechtes unzulässig ist, glaubt sich das Urteil über die Bedenken hinwegsetzen zu können: im Gesetz sei keine ausdrückliche Bestimmung enthalten, die die Übereinkünfte der Eltern verbiete und ein solches Abkommen verstoße „an sich" nicht gegen die guten Sitten.

Aus der Tatsache, daß im Entwurf I das Verbot des Verzichts auf die Fürsorge für das Kind — also die Un-

---

1) Ausnahmen z. B.: Der Lehrvertrag, Gew.-O. 126 b, 127 b. — Wie hier: Planck zu § 1632 Bem. 2, ferner Schröder-Mugdan a. a. O. S. 190; Eckhard S. 52; Scherer, Familienrecht Bd. 4.

2) Vgl. Anmerkung 1.

3) EOLG. I, 278.

wirksamkeit eines derartigen Vertrags — ausdrücklich normiert war, diese Bestimmung dann aber nicht ins BGB. kam, will Eccius[1]) schließen, es könne zweifelhaft sein, ob die Einrede aus einem solchen Vertrag gegenüber der Klage auf Herausgabe erfolgreich geltend gemacht werden könne oder nicht. Die Zweifel scheinen mir gerade nach der Entstehungsgeschichte des BGB. nicht begründet zu sein. Die Grundanschauung, wie sie in den Motiven[2]) ausgesprochen ist, ist die, daß Verträge der behandelten Art der Wirksamkeit entbehren. Man hielt es, wie bereits oben erwähnt, für überflüssig, sich über diese Verträge in den späteren Entwicklungsstadien des Bürgerlichen Gesetzbuchs Gedanken zu machen und unterließ daher die Festsetzung einer ausdrücklichen Bestimmung.

Über die Zweifel, welche Eccius hat, geht Knitschky noch hinaus. Er erklärt die in Frage stehenden Verträge für gültig[3]). Er verkennt zwar nicht[4]), daß die herrschende Meinung die Verbindlichkeit der Vereinbarungen über die Personensorge bestreitet, da es sich bei der Erziehung um eine Pflicht der Eltern handle, der sie sich nicht wirksam entziehen könnten. Er glaubt indessen, daß dieser Grundsatz von Ausnahmen durchbrochen werde. Das könne man daran sehen, daß Kinder, deren Eltern noch leben, an Kindesstatt angenommen werden können. Denn wenn der obige Grundsatz der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt folgerichtig durchgeführt würde, so hätte man die Adoption nur bei Waisen zulassen dürfen[5]). Für die Zulässigkeit der Übertragungsverträge führt er ferner an, daß häufig triftige Gründe vorliegen, die zwar eine Adoption unmöglich machen, einen Verzicht auf die Personensorge dagegen

1) Beitr. z. Erläut. d. deutsch. Rechts. 5. Folge, 4. u. 5. H. Berlin 96. S. 609.

2) IV. S. 627/28.

3) S. 156/57.

4) S. 126.

5) S. 157/58.

(ohne Adoption) als wünschenswert erscheinen ließen. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Adoption kennt, ist aber kein Grund dafür, daß die elterliche Gewalt von demselben Gesetzbuch als unverzichtbar ausgestaltet wurde. Deshalb bleibt doch der Grundsatz von der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt bestehen. Die Adoption ist eben von dem Gesetz zugelassen, die Übertragung der elterlichen Gewalt indessen nicht. Das ist ein gewaltiger Unterschied, eben weil im Familienrecht keine Vertragsfreiheit herrscht. Man könnte nur allenfalls daran denken, die Übertragung der elterlichen Gewalt analog der Adoption zu behandeln. Dagegen spricht aber erstens, daß die Übertragung der elterlichen Gewalt sich zu keiner Zeit gesetzlich geregelt findet, während die Adoption von Alters her ein allbekanntes Rechtsinstitut ist. Dann aber spricht gegen eine Analogie auch vor allem, daß die Adoption an eine Reihe zum Teil äußerst strenger Voraussetzungen geknüpft ist, während die Übertragung der elterlichen Gewalt im Gegensatz hierzu sehr frei gehandhabt werden könnte. Der Adoptierende darf vor allem keine ehelichen Abkömmlinge haben. Das Vormundschaftsgericht muß seine Bestätigung zur Adoption erteilen. Der Annehmende muß über 50 Jahre alt und zumindest 18 Jahre älter sein als das von ihm zu adoptierende Kind. Wer verheiratet ist, bedarf zur Adoption der Zustimmung seiner Ehefrau. Und was schließlich die Form angeht, so muß der Annahmevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar geschlossen werden. Die analoge Anwendung der mit solchen Garantien gesicherten Adoption auf die Übertragung der elterlichen Gewalt erscheint daher als nicht angängig. Außerdem spricht gegen eine Analogie auch, daß zwischen Adoption und Übertragung der elterlichen Gewalt ein gerade für unsere Betrachtung äußerst wichtiger Wesensunterschied besteht. Denn bei der Adoption haben die Eltern es nicht allein in der Hand ihre Gewalt zu beenden. Es ist nämlich

im Gesetz (§ 1747) nur gesagt, daß die Einwilligung der Eltern erforderlich ist. Lediglich darum handelt es sich also. In ein Vertragsverhältnis treten die Eltern nicht. Die Adoption vollzieht sich vielmehr durch einen Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Kinde. (§ 1741). Die elterliche Einwilligung ist zwar ein wesentliches Erfordernis der Adoption, denn ohne sie ist die Annahme an Kindesstatt unmöglich. Aber sie wird garnicht kraft elterlicher Gewalt gegeben, wie schon daraus folgt, daß das Vormundschaftsgericht die Einwilligung nicht ersetzen kann und ferner daraus, daß die Einwilligung der Eltern auch dann nötig ist, wenn diese die elterliche Gewalt nicht haben. Blume[1]) spricht hier von einem „eigennützigen Elternrecht" wenn es sich um Rechte handelt, die den Eltern als solchen zu ihrem eigenen Wohl zustehen und daher auch keine Pflichten mit sich bringen. Bei der Adoption kann also von einem vertragsmäßigen Verzicht auf die elterliche Gewalt durch Übertragung auf eine andere Person nicht die Rede sein. Aus diesem Grund macht auch die Abrede einer Geldabfindung den Adoptionsvertrag nicht nichtig. Denn es ist nur die Einwilligung der Eltern, welche gegen Entgelt erfolgt, nicht aber der Adoptionsvertrag selber, der ja, wie erwähnt, zwischen dem Adoptierenden und dem Kinde geschlossen wird. Es haben also die Eltern hier keine freie Hand in der Beendigung ihrer Gewalt. Bei Übertragung der elterlichen Gewalt hätten es jedoch die Eltern selbst in ihrer Hand, ihre Gewalt zu beenden. Also ist eine Analogie auch aus diesem Grunde abzulehnen. Das Institut der Adoption macht freilich eine Ausnahme von der höchst persönlichen Natur der elterlichen Gewalt. Aber gerade diese Ausnahmestellung der Adoption, die in einem vollständigen Abschneiden der natürlichen und sittlichen Bande und einer künstlichen Neuschaffung eines familien-

1) Opet-Blume, a. a. O. Anm. 4.

ähnlichen Verhältnisses besteht, zeigt, daß in anderen Fällen ein Verzicht auf die elterliche Gewalt unmöglich ist. Nur um die Entstehung eines derartigen künstlichen Verhältnisses im Interesse des angenommenen Kindes zu ermöglichen oder zu erleichtern, hat das Gesetz dem Annehmenden dieselbe Stellung, wie den Eltern, gegeben[1]).

Man kann auch nicht etwa deswegen sagen, daß kein Grund vorliege, die elterliche Gewalt für unverzichtbar zu erklären, weil ja auch die Adoption in vielen Variationen vorkommen könnte. Das entspräche den Tatsachen nicht. Die Adoption ist vom Gesetz fest umgrenzt, die Rechtssätze über die Adoption sind zwingendes Recht, eine Änderung der personenrechtlichen Wirkung der Adoption durch den Vertrag selber ist ausgeschlossen. Der Abs. 2 des § 1767 sagt ausdrücklich, daß die meisten Wirkungen der Annahme an Kindesstatt durch den Annahmevertrag nicht geändert werden können. Schließlich ist bei einem Vergleich mit dem Verzicht auf die elterliche Gewalt noch zu bedenken, daß zwar mit der Adoption die Eltern die elterliche Gewalt verlieren (§ 1765), daß aber dieser Verlust nicht unter allen Umständen ein dauernder ist. Denn im Abs. 2 des § 1765 ist bestimmt, daß das Kind im Fall der Unterhaltsbedürftigkeit bei Endigung oder Ruhen der elterlichen Gewalt des Annehmenden wieder unter die Personensorge der leiblichen Eltern zurückkommt. Eine völlige Beendigung der elterlichen Gewalt wird also durch die Annahme an Kindesstatt nicht herbeigeführt. Man kann sich daher auf das Institut der Adoption zum Beweis der Verzichtbarkeit der elterlichen Gewalt auch deswegen nicht berufen, weil die Adoption keine völlige Beendigung der elterlichen Gewalt bedeutet.

Von einer anderen Seite her hat man versucht, den Grundsatz der vertraglichen Unverzichtbarkeit der Personensorge zu bekämpfen: die Eltern hätten das Recht der Ein-

1) Dormann, a. a. O. § 2, Anm. 5.

willigung in die Volljährigkeitserklärung des Kindes (§ 4 BGB), könnten somit die elterliche Gewalt auf diese Weise beenden[1]). Dagegen ist aber zu sagen, daß es sich hier, wie bei der Einwilligung zur Adoption, um ein „eigennütziges Elternrecht" in dem oben dargelegten Sinn handelt[2]). Dann ist ja auch diese Einwilligung nur eine Fürsorgemaßregel, wie überhaupt die Volljährigkeitserklärung nur erfolgen soll, wenn sie das beste des Minderjährigen befördert. Die Volljährigkeitserklärung liegt nicht in den Händen der Eltern, sondern erfolgt auf Antrag des Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht. Der Beschluß des Vormundschaftsgerichts bewirkt die Beendigung der elterlichen Gewalt, nicht der zum Ausdruck gelangte Wille der Eltern.

Knitschky führt gegen den Grundsatz der Unverzichtbarkeit der Personensorge[3]) aus: Die Erziehung der Kinder sei eine Pflicht sowohl des Vaters als auch der Mutter, die zwar gemeinschaftlich erfüllt werde, nach der tatsächlichen Trennung der Ehegatten jedoch nicht mehr so erfüllt werden könne. Wenn nach den Umständen dieser Pflicht nur einer genügen könne, so sei nicht einzusehen, warum sich die Eltern nicht darüber sollten verständigen dürfen, wer von ihnen dies sein solle. Daß während der ehelichen Gemeinschaft bei Meinungsverschiedenheiten der Wille des Vaters entscheidet, könne hiergegen nicht angeführt werden. Diese Bestimmung beruhe nicht etwa auf einer größeren Stärke seines Rechts, sondern auf dem Bedürfnis, irgend eine ausschlaggebende Instanz zu schaffen. Der Vater sei freilich der Inhaber der elterlichen Gewalt, und das Erziehungsrecht sei nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Ausfluß dieser. Daß aber sein Übergewicht nicht hierin begründet sei, könne man daraus ersehen, daß das Gesetz im letzten Satz des § 1634 die ausdrückliche Bestimmung getroffen hat, daß

1) cf. Zitate bei Danziger a. a. O. S. 25, Anm. 1 (cf. Anm. 2).
2) Vgl. Anm. 1.
3) S. 156.

die Entscheidung des Vaters vorgehen solle. Denn diese Bestimmung sei dann überflüssig. Dieser § gebe der Mutter nicht nur das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, sondern lege ihr auch die Pflicht dazu auf. Ihre Verpflichtung sei nicht schwächer, als die des Vaters. Es bestehe eine gleichmäßige Obliegenheit beider, deshalb sei bei einer Trennung der Ehegatten eine Vereinbarung über die Erziehung der Kinder das beste Mittel zu einer angemessenen Ordnung.

Wie verhält sich nun das Bürgerliche Gesetzbuch zu diesem Fall der tatsächlichen Trennung? Es schweigt über die Frage, was mit den Kindern zu geschehen habe. Deswegen bleibt es für die tatsächliche Trennung der Ehegatten bei dem normalen Zustand, d. h. die Eltern haben nach wie vor die elterliche Gewalt in der gleichen Machtverteilung, wie vor der Trennung. Folglich finden die obigen Regeln auch weiterhin Anwendung[1]).

Sobald in der Übertragung der Personensorge ein dauernder Verzicht der Substanz nach liegt, widerspricht er dem Wesen der Personensorge. Ob es sich dabei um die Übertragung auf einen Elternteil oder um die Übertragung zu Gunsten eines Dritten handelt, der keine elterliche Gewalt hatte, macht keinen Unterschied[2]). Wer durch Vertrag auf die elterliche Gewalt verzichten wollte, hat es nicht erreicht. Die elterliche Gewalt ist bei ihm geblieben, wenn er sich ihrer auch entäußern wollte. Daraus folgt einmal, daß aus einem derartigen Verzichtsvertrag nicht auf Erfüllung geklagt werden kann. Weder kann die Mutter gegen den Vater bei tatsächlicher Trennung auf Überlassung der Kinder zum Zwecke der Erziehung klagen, noch der allein für schuldig erklärte Ehemann gegen seine geschiedene Frau[3]).

1) EOLG. Bd. 2. S. 201. Seuff, Arch. Bd. 56. S. 453.
2) Strippelmann, a. a. O. S. 106.
3) Danziger, S. 28.

Ferner folgt daraus für unser Thema: Wer sich gegenüber der Klage auf Herausgabe des Kindes auf einen Vertrag beruft, durch welchen die Personensorge ihrer Substanz nach übertragen werden sollte, wer also behauptet, die Vorenthaltung sei des Vertrags wegen nicht widerrechtlich, der befindet sich im Unrecht und wird mit seiner Einrede nicht gehört[1]).

2. Verträge, durch welche nur die Ausübung der Personensorge übertragen wird.

Die bis jetzt behandelten Verträge sollten einem völligen Verzicht des einen Elternteils auf die Personensorge Ausdruck geben. Solche Fälle sind aber nur in geringer Zahl vorhanden. Tatsächlich soll in der Regel kein Verzicht auf das Elternrecht oder einen Teil desselben bewirkt, sondern nur die Ausübung der Personensorge übertragen werden. Der Sinn derartiger Verträge ist von den bis jetzt behandelten grundverschieden. Während es sich dort darum handelte, daß ein Familienrecht selbst übertragen werden sollte, wird hier ein ganz andres Ziel erstrebt. Es soll nämlich nur die bloße Ausübung eines Familienrechts einem andren überlassen werden. Hierin unterscheiden sich beide Vertragsarten und nicht etwa in der Dauer der Zeit, für welche sie gewöhnlich geschlossen werden. — Wir müssen, wie schon oben entwickelt, ihr Wesen hier untersuchen und feststellen, wie weit ihre Wirksamkeit geht. Denn nur so können wir herausfinden, ob sie dem Anspruch auf Herausgabe erfolgreich entgegengehalten werden können.

Die Sorge für die Person des Kindes hat nicht stets durch den Gewalthaber persönlich zu erfolgen. Den Eltern ist es oft ganz, oft teilweise unmöglich, die Erziehung ihrer Kinder selbst zu leiten. Die Gründe hierfür liegen teils in

1) Opet S. 217; Planck zu § 1632 Bem. 2; Kipp a. a. O.; Eckert S. 52.

der ungleichmäßigen Verteilung der Erziehungsfähigkeiten, teils in Krankheiten der Eltern, teils auch darin, daß die Eltern durch ihre Berufsgeschäfte zu sehr in Anspruch genommen sind, als daß sie persönlich ihre Kinder erziehen könnten. Die Schule greift schon früh ein und nimmt einen großen Teil der Erziehung auf sich, in vielen Fällen sogar die gesamte Erziehung. Wir denken an Erziehungsanstalten, Internate usw., in welchen die Kinder ihre ganze Zeit verbringen und von wo aus sie nur besuchsweise zu ihren Eltern kommen. Einen weiteren Erziehungsteil üben auch die Lehrherrn aus. Fortwährend werden Lehrverträge geschlossen, oft unter der weiteren Bestimmung, daß der Lehrling in der Familie des Meisters Aufnahme findet. Diese Verträge entbehren natürlich nicht der Gültigkeit, da sie weder unsittlich sind, noch gegen das Wesen der Personensorge verstoßen. Vielleicht könnte man daran denken, daß die erwähnten Verträge gegen das oben entwickelte Prinzip der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt verstießen. Aber hier wird ja auf die elterliche Gewalt nicht verzichtet. Hier liegen vielmehr Verträge vor, durch welche nur die Ausübung der Personensorge übertragen wird. Was zwischen dem Gewalthaber und fremden Personen abgeschlossen werden kann, das kann auch Gegenstand einer Vereinbarung unter den Eltern sein. Der Umstand, daß der eine Vertragschließende ein Elternteil ist und kein Fremder, ändert rechtlich nichts. Hiergegen wendet sich Sieveking[1]) mit dem Hinweis darauf, daß § 1635 für den Fall der Scheidung die Verteilung der Personensorge nach dem Verschulden der Eltern regelt und so jeder anderweitigen Verteilung auch nur der Ausübung der Personensorge mit Rücksicht auf die in dem Verschulden stets liegende Gefährdung des Kindes mißbilligt habe. Sieveking scheint hierbei davon auszugehen, der § 1635 sei einzig zum Wohl

1) Im Recht 05, 105.

der Kinder getroffen. Aber dem ist nicht zuzustimmen. Daß die Berücksichtigung der Schuld der Eltern bei der Verteilung der Kinder nicht zum Schutz der letzteren erfolgt sein kann, folgert Danziger[1]) mit vollem Recht daraus, daß dann eine Regelung, die für den Fall, daß beide Eltern für schuldig erklärt sind, jedem Teil trotz seiner Schuld Kinder zuspricht, unlogisch und unverständlich wäre. Wenn ein Elternteil für schuldig erklärt ist, so heißt das nur, daß er sich gegen den anderen vergangen hat, für das Verhältnis zu den Kindern ist das Verschulden nur indirekt durch die darauf erfolgende Scheidung der Eltern von Bedeutung. Aus dem § 1635 läßt sich also kein Grund für die Ungültigkeit der Verträge über die Ausübung der Personensorge herauslesen.

Es wird denn auch aus den angeführten Gesichtspunkten der Vertrag, welcher die bloße Ausübung der Personensorge überträgt, von der überwiegenden Anzahl der Autoren für gültig gehalten. So sagt Dernburg[2]), der die elterliche Gewalt selber für unverzichtbar erklärt, da sie Recht und Pflicht sei, an einer anderen Stelle[3]), die aus der Sorge für das Kind entspringenden Rechte seien zwar grundsätzlich höchst-persönlich, also nicht übertragbar, aber die Ausübung sei, soweit die Übertragung das Wohl des Kindes nicht gefährde und nicht gegen die guten Sitten verstoße, sehr wohl übertragbar. Das Wesen einer solchen Übertragung der bloßen Ausübung hebt Planck[4]) deutlich hervor, indem er sagt, die Ausübung der alleinigen Personensorge könne der Mutter durch ein Abkommen überlassen werden, aber der Vater bleibe jederzeit berechtigt, seinen Anteil an der Sorge zu übernehmen, er sei hierzu sogar unter Um-

1) S. 31.
2) § 81, III.
3) § 74, V.
4) § 1632 Bem. 2.

ständen verpflichtet[1]). Auch Weißweiler[2]) will einem Vertrag, der nur die Ausübung der elterlichen Gewalt überträgt, nur dann die Wirksamkeit absprechen, wenn durch den Vertrag dem Gewalthaber die Befugnis entzogen wird, die Erziehung des Kindes selbst zu übernehmen, wann es ihm erforderlich erscheint. Immer wieder tritt uns hier der Gedanke entgegen, daß ein die Ausübung überlassender Vertrag, welcher insbesondere bei ausdrücklich vereinbartem Widerrufsrecht des Verzichtenden anzunehmen ist, der Gültigkeit nicht entbehrt. v. Blume setzt klar auseinander, daß bei Verträgen über die Ausübung der Personensorge beide Teile nicht mit gleichstarken Rechten ausgerüstet sind[3]). Derjenige, dem die Fürsorge übertragen wird, wird gegenüber dem Gewalthaber oder dem Kinde zwar verpflichtet, die versprochenen Dienste der Fürsorge zu leisten, nicht aber wird er berechtigt zu verlangen, daß er zur Ausübung der elterlichen Gewalt zugelassen werde. Denn der Vertrag ist in seinen Wirkungen von eigentümlicher Art. Er ist nicht in vollem Umfang wirksam. Der Vater kann durch den Vertrag sein Recht auf das Kind — wie erörtert — nicht verlieren. Daraus folgt, daß er jederzeit ein Widerrufsrecht hat. Der Vertrag, durch welchen die Personensorge nur der Ausübung und nicht der Substanz nach übertragen wird, ist gültig, und trotzdem kann er dem Kläger, wenn er seinen Herausgabeanspruch geltend macht, nicht wirksam entgegengehalten werden. Dies ist ein nur scheinbarer Widerspruch. Denn wo nur die Ausübung der elterlichen Gewalt, genauer: der Personensorge übertragen wird, da hat der Gewalthaber das Recht selbst behalten, es steht ihm also ein Widerrufsrecht zu. Das ist gerade das Wesen der Ausübungsübertragung, daß der

1) vgl. hierzu Endemann a. a. O. Bd. 2 § 199, Ia.

2) Weißweiler a. a. O.

3) Blume i. Opet-v. Blume zu § 1632, 2 c ε i. V. mit § 1627 Anm. 2.

Gewalthaber das Recht selber behält. Denn sobald er das Recht ganz oder zum Teil überträgt, wird nicht mehr die bloße Ausübung, sondern eben das Recht selber ganz oder teilweise übertragen. Das aber ist, wie wir gezeigt haben, unzulässig. Die Herstellung des durch einen solchen Vertrag beabsichtigten Zustandes kann im Rechtsweg nicht erzwungen werden. Man sieht dies besonders deutlich an dem Fall, in welchem nicht die Eltern den Vertrag mit einander schließen, sondern etwa der Vater mit dem Inhaber einer Erziehungsanstalt. Einen solchen Vertrag wird man im wesentlichen als einen Dienst- oder Werkvertrag ansprechen. Die Leistung ist hier die Erziehung des Kindes. Diese aber läßt sich nur durchführen, wenn das Kind dem Erzieher übergeben wird. Hat der Vater das Kind, so muß er es dem Erzieher senden, damit dieser den Vertrag seinerseits erfüllen kann. Es ist eine Handlung des Vaters erforderlich, der in diesem Fall der Besteller ist. Daher trifft die Vorschrift des § 324 BGB. zu, wonach die Erziehungsanstalt wohl einen Anspruch auf die Vergütung hat, wenn der Vater das Hinsenden des Kindes unterläßt und dadurch in Verzug gerät. Aber die Erziehungsanstalt hat keine Klage gegen den Vater auf Vornahme der Handlung. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergäbe schon, daß aus einem Vertrag zwischen Eltern untereinander über die Ausübung der Personensorge nicht auf Übergabe des Kindes geklagt werden und entsprechend auch dem Vater auf sein Herausgabebegehren der Vertrag nicht entgegengehalten werden kann. Wir bedürfen aber der Analogie gar nicht. Denn das Wesen der Ausübungsüberlassungsverträge besteht ja, wie bereits erwähnt, gerade darin, daß der Gewalthaber das Recht selber behält. Wird die Mutter, welche mit dem Vater einen solchen Vertrag geschlossen hat, auf Herausgabe verklagt, so kann sie sich aber auch nicht etwa darauf berufen, daß sie selber kraft

Gesetzes befugt sei, die Personensorge auszuüben. Denn die Meinung des Vaters geht vor (§ 1634 Satz 2). Sie kann sich weiterhin auch nicht darauf berufen, daß der Vater durch den Vertrag schon im Voraus über die Personensorge seiner Kinder verfügt und somit sein Recht ausgeübt habe. Denn solche Vorausbestimmungen haben nur insoweit Geltung, als der Vater es für gut hält. Und ebenso ist die Rechtslage, wenn das Kind sich bereits tatsächlich bei dem anderen Teil befindet. Der Gewalthaber hat dann jederzeit ein Widerrufsrecht. Sobald er will, kann er die Erziehung selber wieder übernehmen. Dies kann sogar seine Pflicht sein, wenn z. B. in der Person desjenigen, dem er die Ausübung der Personensorge überlassen hat, Umstände eintreten, welche das Kind gefährden. Den Widerruf hat er aber auch ohne irgend welchen Grund, da er nach wie vor die Personensorge, also das Recht selber, hat. Übt er sie aus, so ist jede Vorenthaltung, die sich auf Vertrag beruft, widerrechtlich. Denn die Wirkungen des Vertrages erstrecken sich nicht auf den Herausgabeanspruch des Vaters, da dieser Anspruch nicht Gegenstand des Vertrags sein kann. Etwas anders hat man für Fälle angenommen, in welchen ausdrücklich der eine Ehegatte dauernd seinem Rechte an dem Kinde entsagt. Hier, meint André, werde in Wirklichkeit regelmäßig nur eine Übertragung der Ausübung des Erziehungsrechts anzunehmen sein. Denn die Vereinbarung werde doch mit Rücksicht auf die Verhältnisse geschlossen, wie sie im Augenblick liegen. Die Absicht sei zumeist nur die, daß der Teil, dem das Kind überlassen wird, die Erziehung leiten solle. — Wir sind anderer Ansicht. In den Fällen, in welchen „ausdrücklich der eine Ehegatte seinen Rechten an dem Kind entsagt", liegt keine bloße Übertragung der Ausübung vor, sondern eine Übertragung des Rechtes selber. Die Personensorge soll hier der Substanz nach übertragen werden. Dies ist unzulässig. Es liegt dann

derselbe Fall vor, als sei bei einer Trennung der Eltern vereinbart worden, der Vater solle die Söhne, die Mutter dagegen die Töchter „behalten“ oder „erhalten“[1]). Nur wo der Gewalthaber kraft ausdrücklicher oder stillschweigend getroffener Vereinbarung die bloße Ausübung der Personensorge übertragen hat, also infolgedessen auch jederzeit die Überlassung des Kindes widerrufen kann, handelt es sich um einen zulässigen Vertrag. Die Gültigkeit des Vertrages hat dann ihren Grund nicht in der Widerruflichkeit, sondern dies ist nur die Folge davon, daß die elterliche Gewalt beim Gewalthaber geblieben ist. Die Beurteilung der Wirkungen eines Vertrags über die Personensorge für die Kinder richten sich danach, ob das Familienrecht selbst aufgegeben oder nur der Ausübung nach übertragen werden soll. Nicht aber kann man mit André[2]) die Dauer des Vertrags als Unterscheidungsmerkmal verwenden. André vergleicht die Verträge zwischen den Eltern mit den Verträgen zwischen Eltern und Lehrherren. Er wirft die Frage auf, ob der Vertrag zwischen den Eltern, der nur die Ausübung der Personensorge überträgt, wie ein Vertrag verstanden werden müsse, der zwischen Eltern und Lehrherrn geschlossen ist. Als Ergebnis findet er: In denjenigen Fällen, in welchen der Vertrag ausdrücklich für die Dauer der Trennung der Eltern geschlossen werde, sei er gewiß stets so zu verstehen, wie ein Vertrag zwischen Eltern und Lehrherrn. Denn hier wollten die Eltern nur eine einstweilige Regelung. Ein dauernder vollständiger Verzicht auf die elterliche Gewalt sei nicht beabsichtigt. Demgegenüber ist aber doch zu sagen: Die Zeitdauer macht keinen Unterschied, sondern nur der wesentliche Sinn des Vertrags. Es kommt darauf an, ob der Vertrag das Elternrecht übertragen will, oder

---

1) RG.-Urt. vom 7. 5. 1903 bei Gruchot Bd. 47, S. 978.

2) S. 27.

nur dessen Ausübung. Im ersteren Fall ist er ungültig, im letzteren Fall innerhalb der oben gezogenen Grenzen gültig; auf jeden Fall aber bleibt die elterliche Gewalt selbst beim Gewalthaber, der trotz Gültigkeit des Überlassungsvertrages sein Recht aus dem § 1632 hat. Er kann auf Herausgabe des Kindes klagen. — Ebenso vertritt André die Ansicht, daß bei Verträgen zwischen Eltern auf kürzere Frist z. B. auf ½ Jahr oder auf die Dauer des Scheidungsprozesses, ein Widerrufsrecht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu geben sei. Der Vater müsse zwar gewiß die Befugnis haben, die Erziehung des Kindes wieder selber zu übernehmen, wenn dies im Interesse des Kindes geboten erscheine. Aber ein absolutes Widerrufsrecht sei nicht in allen Fällen am Platze. Der Fall sei anders zu beurteilen, als wenn es sich um einen Vertrag zwischen Gewalthaber und einer dritten Person handle, da im Verhältnis zum Dritten dem Vater das Erziehungsrecht ganz allein zustehe, im Verhältnis der Ehegatten zu einander aber nicht. Das Kind befinde sich nicht nur beim Vater, sondern auch bei der Mutter in natürlicher Hut. Durch den Abschluß des Vertrags habe der Vater selbst anerkannt, daß das Kind sich nach seiner Meinung für kürzere Dauer bei der Mutter aufhalten sollte. Daher widerspreche eine beschränkte Bindung des Vaters der Mutter gegenüber derart, daß er in solchen Fällen den Vertrag nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerrufen könne, weder dem Wesen der elterlichen Gewalt, noch den sittlichen Anschauungen des Volkes, und eine solche beschränkte Bindung sei zweckmäßig, da sie schikanösen Widerrufserklärungen vorbeuge und im Interesse einer ruhigen Erziehung der Kinder liege. Letzteres ist André zuzugeben. Indessen können wir nach dem Gesetz, wie oben dargelegt, auch eine beschränkte Bindung des Vaters nicht für zulässig erachten. Denn das Widerrufsrecht kann auch nicht einmal teilweise ausgeschlossen werden. Wo findet sich

im Gesetz ein Anhalt dafür, daß man zwischen Verträgen auf längere und solchen auf kürzere Dauer einen Unterschied machen kann? Und wie will André jedesmal die Grenzen ziehen? Eine weitere Konsequenz dieser Auffassung wäre folgende: Die Frau, welche ihren Mann verlassen, aber mit ihm hinsichtlich der Ausübung der Personensorge einen Vertrag geschlossen hat, wäre dann besser gestellt, als während des Bestehens der Ehe; denn zu jener Zeit mußte sie dem Willen des Vaters weichen[1]).

Man könnte nur noch unserer Ansicht den § 127 der Gew.-Ordn. entgegenhalten. Dieser sagt, daß, wenn der Lehrling gegen den Willen des Lehrherrn die Lehre verläßt, die Polizei ihn bis zum Erlaß eines Urteils zum Bleiben in der Lehrstelle veranlassen und ihn unter Umständen sogar zwangsweise zurückführen kann und zwar auch gegen den Willen des Inhabers der elterlichen Gewalt. Letzteres ergibt sich mittelbar daraus, daß die genannte Bestimmung auf alle Fälle zur Anwendung zu kommen hat, wo der Lehrling die Lehrstelle verläßt, außer wenn die Gewerbeordnung ausdrücklich etwas anderes vorsieht. Die Bestimmung ist aber eine Sonderbestimmung[2]), welche hauptsächlich den Interessen des Kindes dienen soll und welche nur angewandt wird, wenn bestimmt genannte Voraussetzungen vorliegen[3]). Sonach bleiben wir also bei dem Grundsatz der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt und seinen Konsequenzen.

Eine Einrede aus Vertrag ist in jedem Falle unzulässig, weil rechtlich unmöglich.

Deshalb hat aber der Vertrag doch seinen Wert. Die Handlungen, welche die Mutter in Ausübung der ihr übertragenen Personensorge vornimmt, sind rechtlich gültig.

---

1) Danziger S. 40.

2) Mot. IV, 752.

3) vgl. hierzu RG.-Urteil v. 7. 5. 1903 i. d. Jur. W. Bd. 32 Beil. S. 82.

Das Kind hat den Anordnungen Folge zu leisten und kann sich nicht etwa darauf berufen, der Vater sei Inhaber der Personensorge. Eine weitere Folge der Gültigkeit des Vertrages ist die, daß die Mutter nach § 832 S. 2 für den Schaden haftet, den das Kind widerrechtlich einem Dritten zufügt. Denn sie hat durch Vertrag die Aufsicht über das Kind übernommen. Ferner regelt der Vertrag alle Vermögensabmachungen, wie Renten, Vergütungen usw. bindend, klagbar. Er zeigt ferner dem Richter, wie der Zustand vom Vater selbst für ordnungsgemäß gehalten wurde und gibt so die Handhabe zum Einschreiten wegen plötzlichen Mißbrauchs der elterlichen Gewalt, die im Rückfordern des Kindes, im Widerrufen des Vertrags liegen kann. Aber eine Einrede gewährt der Vertrag nicht. Die Härten, welche hierin unter Umständen liegen können, werden praktisch dadurch gemildert, daß es in allen Fällen, wo es das Interesse des Kindes erfordert, ein Mittel gibt, den durch die Verträge geschaffenen Zustand aufrecht zu erhalten. Ich meine die Vorschrift des § 1666 Abs. 1, derzufolge das Vormundschaftsgericht bei Gefährdung des Kindes Maßregeln ergreifen kann. Wird diese Vorschrift vom Richter weitherzig gehandhabt, so kommen wir mit ihr aus. Denn Verträge über die Verteilung der Personensorge beendigen mindestens eine Uneinigkeit der Eltern. An Stelle des unruhigen Zustandes unter den Eltern tritt eine Zeit der Ruhe, die Sorge für die Person der Kinder ist wenigstens äußerlich in Sicherheit gebracht, bewegt sich in sicheren Geleisen. Es ist bestimmt, wer das Kind erzieht und beaufsichtigt. Eine Störung dieses Zustandes, der von dem Gewalthaber selber hergestellt ist, bedeutet, von Ausnahmen abgesehen, einen Mißbrauch der elterlichen Gewalt im Sinne des § 1666 BGB.[1]). Dafür sprechen häufig bedeutsame Gründe. Es ist der Erziehung der

1) André S. 29.

Kinder sicher nicht förderlich, sondern im Gegenteil höchst schädlich, wenn dieselbe einem öfteren Wechsel unterworfen ist. Wenn ein Kind zwischen den Eltern „hin und her gezerrt wird“, wie sich André ausdrückt, so kann das dem Charakter und der Ausbildung des Kindes schweren Schaden tun. Es kann also ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt sein, wenn der Vater das Kind aus ruhigen Verhältnissen herausreißt; zweifellos ist es ein Mißbrauch, wenn er damit nur seine Macht zeigen will. Der Vormundschaftsrichter, der bei der Beurteilung eines Falles zu dieser Einsicht gelangt, kann in Ausübung der staatlichen Gewalt bestimmen, daß das Kind bei der Mutter verbleibt — ganz wie es der Vertrag vorgesehen hatte. Die Vorenthaltung des Kindes durch die Mutter ist dann natürlich keine „widerrechtliche“ mehr.

V.

Kann die Mutter die Herausgabe verweigern, weil sie einen Scheidungsgrund hat?

Wir haben in den Abschnitten III und IV die Fälle behandelt, in welchen dem Anspruch auf Herausgabe Einreden aus dem Interesse des Kindes und aus Verträgen zwischen den Eltern entgegengehalten werden. Wir wenden uns nun der Frage zu, ob die Mutter die Herausgabe des Kindes verweigern kann, weil sie einen Scheidungsgrund hat.

Die Ehegatten sind sich zur ehelichen Gemeinschaft verpflichtet. Mißbraucht der eine Ehegatte sein Recht, dann braucht der andere seinem Verlangen auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht nachzukommen (§ 1353 BGB.). Ebenso ist es, wenn Ehegatten auf Scheidung zu klagen berechtigt sind. Im § 1354 schreibt das BGB. weiterhin vor, daß die Frau der im allgemeinen vorgehenden Entscheidung des Mannes über gemeinschaftliche eheliche Angelegenheiten nicht Folge zu leisten braucht, wenn sich die Entscheidung des Mannes als Mißbrauch seines Entscheidungsrechts darstellt. Aus diesen beiden Sätzen wird gefolgert: Wenn der Mann von der Frau das Kind herausverlangt, nicht weil es in des Kindes Interesse liegt, sondern um damit z. B. die Frau, die sich vom Kind

nicht trennen will, zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu zwingen, so mißbrauche er sein ehemännliches Entscheidungsrecht, die Frau brauche also dem Herausgabebegehren nicht stattzugeben. Die Fragen der Kindererziehung seien „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheiten“ im Sinne des § 1354 Abs. 1. Dem Kinde gegenüber gelte die Meinung des Vaters, solange nicht der Fall des § 1666 gegeben sei. Aber der Frau gegenüber solle die Entscheidung des Mannes unverbindlich sein, wenn sie sich als Mißbrauch seines Rechts darstellt, z. B. wenn der Mann die Anordnung nicht zur Sorge für das Kind treffe, sondern um einen unberechtigten Zwang auf die Frau auszuüben, die die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit Grund verweigert. Diese Ansicht vertritt Dernburg[1]), indem er weiter ausführt: Neben dem Vater hat während der Ehe auch die Mutter das Recht und die Pflicht der tatsächlichen Sorge. Bei Meinungsverschiedenheiten geht die Meinung des Vaters vor. Liegt aber in der vom Vater geplanten Maßregel ein Mißbrauch, so kann dies nicht gelten, denn der Grundsatz des § 1354 Abs. 2 ist ein allgemeiner, im Wesen des ehelichen Verhältnisses begründeter, also auch bezüglich der Sorge für die Person des Kindes anwendbarer. — Noch genauere Ausführungen finden sich in einem Urteil des Reichsgerichts vom 26. Oktober 1903[2]), das der Ehefrau, welche die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern darf und verweigert, gegenüber der Klage aus § 1632 die Einrede zuspricht, daß die Entscheidung des Mannes über den Aufenthalt der Kinder einen Mißbrauch seines ehemännlichen Rechtes sei. Es heißt da u. a.: da neben dem Vater auch die Mutter das Recht und die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, so hat die

1) § 74, VII.

2) ERG. Bd. 55, S. 419.

Mutter die Personensorge aus eigenem Recht. Vater und Mutter haben sie gemeinsam[1]). Die Erziehung und Pflege des Kindes gehört zu den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet der Vater (§ 1634 Satz 2 BGB.). Gegenüber dem Kind bildet § 1666 die Grenze dieser Macht des Vaters. Zum Schutze der Interessen der Frau greift der § 1354 ein, wonach zwar dem Mann der Frau gegenüber in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten die Entscheidung zusteht, die Frau aber nicht verpflichtet ist, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechts darstellt. Dies kann der Fall sein in dem oben gegebenen Beispiel, in welchem der Mann die Anordnung in Bezug auf das gemeinschaftliche Kind trifft, nicht um für das Kind zu sorgen, sondern um einen unbefugten Zwang auf die Frau auszuüben, die mit vollem Recht die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigert[2]). Wird, so heißt es weiter, die Herstellung des ehelichen Lebens von einer Ehefrau mit Recht verweigert, so läßt sich der Ehefrau auch hinsichtlich des Verhältnisses zu den Kindern der Schutz nicht versagen, der der auf Scheidung klagenden nach § 627 der ZPO. und der geschiedenen nach §§ 1635, 1636 BGB. gesichert ist. Es besteht kein Bedenken, anzunehmen, daß dieser Schutz unter Anwendung der für das eheliche Leben bestimmten allgemeinen Vorschrift des § 1354, 2 zu gewähren ist. Soweit das Reichsgericht in dem erwähnten Urteil. Es hält in seinen neueren Entscheidungen an diesem Standpunkt fest[3]). Diese lassen es dahingestellt, ob die Zulässigkeit der Einrede des Mißbrauchs aus § 1354 Abs. 2

1) Mot. IV, 754.

2) vgl. Komm. d. RG.-Räte.

3) J. W. 12, 395; Recht 12, Nr. 1015, 1021—23; Jahrb. des Deutschen Rechts, 11. Jhg., zu § 1632 A. 1 a.

zu begründen sei, oder ob nicht schon der Hinweis auf den das ganze Familienrecht beherrschenden Grundsatz genüge, daß die hier dem einzelnen gewährten Rechte keine schrankenlosen seien, sondern ihre Grenze in der Pflicht des Berechtigten fänden, bei der Ausübung seines Rechts auf die billigen Interessen der übrigen Familienmitglieder gebührende Rücksicht zu nehmen. Im Grunde aber bleibt das Reichsgericht dabei, daß die Mutter dem Verlangen des Vaters auf Herausgabe des Kindes die Einrede des Mißbrauchs seines Rechts entgegenhalten darf.

Wie mir scheint, verschmilzt das Reichsgericht hier verschiedene wesensungleiche Dinge. Ein Mißbrauch des Rechtes des Mannes gegenüber der Frau ist nicht identisch mit einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt. Es handelt sich bei beiden um ganz verschiedene Dinge. Dies hebt auch André mit Recht hervor. Trotzdem billigt er die angeführte Reichsgerichtsentscheidung: tatsächlich lasse sich beides nicht immer trennen. Mit der Verletzung des Rechtes der Frau könne ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt Hand in Hand gehen, so z. B. wenn der Mann einen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel führt. Die Frau müsse oft zugleich für sich und für ihre Kinder Fürsorge treffen. Sie trenne sich in solchen Fällen von ihrem Mann, könne die Kinder mitnehmen und deren Herausgabe verweigern. Auch das Kammergericht[1]) faßt in einer Entscheidung vom 4. Mai 1905 den § 1354 als einen alle gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Eheleute erfassenden Grundsatz auf und nicht nur als einen alle gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten umfassenden. Ferner führt Planck aus — und seine Ansicht wird vielfach geteilt[2]) — daß zu den Aufgaben der ehelichen Lebens-

1) KG. i. Z.-Bl. Bd. 6, 274.

2) OLG. Zelle 28. Okt. 1904 i. Recht 1905, S. 18; Hans. OLG. 4. 3. 1904 i. Recht 1905, 565; RG. v. 10. 5. 1906 i. Recht 1906 S. 863; Hedemann i. Recht 1907, S. 98; Naumburg v. 21. 11. 1908 i. Recht 1908 Nr. 3812.

gemeinschaft auch die Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder gehöre. Dies ist gewiß richtig, nur handelt es sich hierbei nicht um Angelegenheiten, welche aus den gegenseitigen Rechten und Pflichten der Ehegatten als solchen entspringen und deswegen unterliegen diese Angelegenheiten nicht dem Grundsatz des § 1354. Der hierin so oft gemachte Fehler findet sich in einer Entscheidung[1]) besonders deutlich zum Ausdruck gebracht. Es heißt dort, die Ordnung der ehelichen Verhältnisse bei einer Meinungsverschiedenheit der Ehegatten sei nicht nur, wenn sie die Sorge der Kinder betrifft (§ 1634), sondern überhaupt in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten Sache des Mannes (§ 1354). Aus dieser Formulierung geht hervor, mit wie großer Selbstverständlichkeit das erkennende Oberlandesgericht die Personensorge als eine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit betrachtet. Auch Danziger[2]) begrüßt die „neuen und grundlegenden Sätze des Reichsgerichts“ (er meint damit die mehrfach zitierte Entscheidung im 55. Bd. der RGE. S. 419f.). Das Reichsgericht habe dort festgestellt, daß ein Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt und ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt häufig in einem untrennbaren Zusammenhang stehen.

Dagegen ist aber doch einzuwenden, daß zwar als Tateinheit der Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt und der Mißbrauch der elterlichen Gewalt oftmals untrennbar sein mögen, daß das aber doch ein rein äußerlicher Gesichtspunkt ist. Im Wesen und in den Wirkungen, insbesondere in demjenigen, was den beiden Mißbräuchen vom Gesetz entgegengehalten wird, sind sie grundverschieden. Dem Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt ist ein Verweigerungsrecht der Frau gegenübergestellt, dem

1) OLG. III, 41.

2) S. 45.

Mißbrauch der elterlichen Gewalt dagegen der Weg über den § 1666, also der Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wenn also Danziger, dem Reichsgericht folgend, sagt, es gehörten wegen des Zusammenhangs auch diejenigen Angelegenheiten, die sich auf die Sorge für die Person der Kinder beziehen, zu den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheiten, so irrt er; er wendet Grundsätze, die für das Verhältnis zwischen Ehegatten gegeben sind, zu Unrecht auf die andere Frage der elterlichen Gewalt an. Mit Recht weist Engelmann[1]) darauf hin, daß die Sorge für die Person des Kindes zwar eine die beiden Ehegatten berührende Frage ist, aber keine „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende".

Danziger gibt seinen Gegnern zu, die Ausübung der elterlichen Gewalt sei keine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit, aber trotzdem stünde dies der Anwendung des § 1354 nicht entgegen. Denn nicht die Ausübung der Personensorge soll das gemeinschaftliche eheliche Leben berühren, sondern es könne in ihrem Mißbrauch gleichzeitig ein Mißbrauch der ehemännlichen Rechte liegen und zwar so, daß die Gefährdung des Kindes sich zugleich auch als eine Verletzung der Frau darstelle. Anders ausgedrückt sagt Danziger: Die Ausübung der elterlichen Gewalt ist keine Angelegenheit im Sinne des § 1354. Ihre Verletzung hängt aber oft durch Tateinheit mit einer Verletzung der ehelichen Pflichten zusammen, gegen die sich der § 1354 wendet. Daher wendet sich § 1354 durch diesen Zusammenhang auch gegen einen Mißbrauch, der nicht unter § 1354 fällt. Diese Auffassung scheitert aber schon daran, daß für die Entscheidung der beiden Fragen verschiedene Gerichte zuständig sind. Über den Mißbrauch der elterlichen Gewalt entscheidet das Vormundschaftsgericht. Die Verletzung der ehelichen

1) zu § 1634 1 b β.

Pflichten führt zum Zivilprozeß, ist also Gegenstand der Verhandlung des Prozeßgerichts. Man entzöge dem Vormundschaftsgericht zugunsten des Prozeßgerichts etwas von seiner Kompetenz. Wir würden dem Prozeßgericht die Entscheidung von Angelegenheiten überlassen, welche von dem Gesetzgeber mit Absicht dem Vormundschaftsgericht übertragen wurden, weil für sie Inquisitionsmaxime gelten sollte.

Aus den angeführten Gründen wenden sich denn auch viele Schriftsteller gegen die von uns bekämpfte Ansicht. So hebt Endemann hervor, daß das Recht auf Herausgabe des Kindes ein selbständiges und nicht aus den gegenseitigen Pflichten der Ehegatten abgeleitetes ist[1]).

Auch Blume[2]) hält die Heranziehung des § 1354 Abs. 2, um dem Recht des Vaters gegenüber der Mutter eine Schranke zu ziehen, für nicht unbedenklich, weil die Ausübung der elterlichen Gewalt keine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit ist. Obwohl die Elterngemeinschaft auf der ehelichen Gemeinschaft beruht, ist die Ausübung der elterlichen Gewalt keine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit. Da es keine besonderen Bestimmungen über die Sorge für die Person des Kindes bei bloß tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten gibt, so gelten dieselben Bestimmungen, wie für den Fall des ehelichen Zusammenlebens der Eltern. Daher entscheidet der Vater, solange nicht gemäß § 1666 das Vormundschaftsgericht andere Maßregeln trifft[3]).

Daß das Verhältnis der beiden Ehegatten zu den gemeinsamen Kindern nicht die Lebensgemeinschaft der Ehegatten betrifft, folgert Wetzel[4]) daraus, daß es in den

---

1) Endemann II, 2 S. 589 Anm. 54.

2) Bem. 7 zu § 1634.

3) OLG. Hamburg v. 12. 1. 1901; EOLG. 2, 201; ebenso KG. in einem Urteil vom 18. 12. 1901.

4) Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 26, S. 78, 127.

§§ 1616 ff. ausschließlich geordnet ist. Die Frau kann daher nicht gemäß § 1354 BGB. die Folgeleistung versagen, wenn der Ehemann eine die Personensorge des Kindes betreffende Angelegenheit unter Mißbrauch seines Entscheidungsrechts erledigt. Denn der § 1634 BGB. gewährt der Frau nicht die Mißbrauchseinrede, und die Sorge für die Person des Kindes ist zwar eine gemeinschaftliche Angelegenheit beider Eltern, aber nicht eine das gemeinschaftliche eheliche Leben der Ehegatten betreffende Angelegenheit. Das Verhältnis der getrennten Gatten zu den gemeinsamen Kindern wird durch die berechtigte wie grundlose Verweigerung der Gemeinschaft prinzipiell nicht berührt. Die Mutter hat neben dem Vater das Recht und die Pflicht der Personensorge. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor, mag sie auch einen Mißbrauch seines Rechts enthalten.

In ähnlicher Richtung bewegen sich die Ausführungen, welche Gimmerthal im Archiv für die zivilistische Praxis im 104. Bd. S. 397 macht: Nach der Entscheidung des Reichsgerichts kann die Frau mit der Behauptung, die gegenteilige Entscheidung des Mannes stelle einen Rechtsmißbrauch dar, ihre eigene Entscheidung aufrecht erhalten und damit zu einem Einfluß auf die Kinder gelangen, der ihr nach dem Gesetz bei Lebzeiten des Mannes nicht zukommen soll. Außerdem ist zu beachten: Wenn der Mann durch Ausübung seines Rechts dem Kinde gegenüber das eheliche Leben beeinflussen will, so übt er nicht sein Recht der Entscheidung im ehelichen Leben aus, sondern ein ganz anderes Recht. Daß die Veranlassung der Ausübung dieses Rechts die Absicht ist, auf die Frau einen Druck hinsichtlich des ehelichen Lebens auszuüben, kann nicht ohne weiteres dazu führen, diese Rechtsausübung als mißbräuchlich zu erklären. Deshalb kann man die Klage auf Herausgabe des Kindes nicht ohne weiteres mit der

Begründung abweisen, daß die in ihr enthaltene Verfügung über den Aufenthalt des Kindes mit Rücksicht auf die Veranlassung, aus der sie hervorgegangen sei, als mißbräuchlich angesehen werden müsse. Sollte sie aber in der Tat mißbräuchlich sein, so ist wieder zu beachten, daß das Gesetz nicht gegen jeden Mißbrauch in der Erziehung, sondern nur gegen solche einschreitet, die das Kind gefährden. Dabei ist zu bedenken, daß die Klage auf Herausgabe des Kindes nicht oder doch nicht in erster Linie den Aufenthalt des Kindes bestimmen will, sondern darauf ausgeht, das Kind zur freien Verfügung zu haben, um nach Herstellung dieses Zustandes, der ersten Voraussetzung zur Ausübung der elterlichen Gewalt, die Erziehung zu leiten und insbesondere auch den Aufenthalt bestimmen zu können. Als solche ist sie die Ausübung eines dem Vater obliegenden Rechts, ja sogar eine Pflicht, die für sich betrachtet, niemals mißbräuchlich sein kann. Es stehen sich hier nicht die Eltern gegenüber, sondern Vater und Kind. Diesem nach der Volljährigkeit und an seiner Stelle dem Vormundschaftsgericht ist der Vater für die Handhabung der elterlichen Gewalt verantwortlich, nicht aber seiner Frau. Den Fall des Rechtsmißbrauchs will also § 1666 ausschließlich regeln.

Da eine bloß tatsächliche Trennung der Ehegatten vom Gesetz nicht berücksichtigt ist, bleiben dieselben Vorschriften maßgebend, die während des ehelichen Zusammenlebens gelten, weil sie eben feste gesetzliche Bestimmungen sind, von denen man nicht willkürlich abweichen darf[1]). Die elterliche Gewalt des Vaters soll erst aufhören, wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen, die einen Mißbrauch dem Kinde gegenüber verlangen. Das Gesetz bezweckt mit einer solchen Regelung, daß eine Änderung der väterlichen Gewalt nur eintritt, wenn das Interesse

1) Knitschky S. 156; Acker S. 34.

des Kindes es unbedingt erfordert. Allerdings kommt die Mutterliebe dabei zu kurz[1]). Sie muß zurückstehen zum Wohle des Kindes, dessen Entwickelung ein fortwährender Wechsel der Gewalthaber, ein Herausreißen aus dem väterlichen Haushalt, schädigen würde. Die Mutter soll durch diese Regelung gezwungen werden, entweder die eheliche Gemeinschaft wieder herzustellen, oder aber die Scheidung zu betreiben. Damit wird das Gesetz seiner Aufgabe gerecht. die Parteien dazu anzuhalten, ihre Verhältnisse möglichst klar zu gestalten. Die Ehefrau ist dem männlichen Entscheidungsrecht unterworfen. Den Zustand des Getrenntlebens kennt das Gesetz nur als Durchgangsstadium zur Scheidung (§ 1353 Abs. 2 BGB.). Während dieser Zeit der Unsicherheit hat der Mann das Vorrecht, die Kinder bei sich zu behalten, und es liegt für das Gesetz kein Anlaß vor, der Mutter einen anderen Schutz zu gewähren, als der Ehefrau, die mit dem Mann zusammenlebt. Will sie den Zustand beenden, so muß sie zurückkehren oder sich scheiden lassen.

Wenn also die Frau auch einen Ehescheidungsgrund hat und mit Recht die eheliche Gemeinschaft verweigert, so kann sie doch der Klage des Mannes auf Herausgabe des Kindes eine erfolgreiche Einrede nicht entgegenhalten.

---

1) Dormann § 4.

VI.

Kann das Vormundschaftsgericht eine einstweilige Regelung treffen?

Wenn der Mann gegen die Frau auf Herausgabe eines Kindes klagt, so könnte ihm die Frau mit Erfolg eine gültige Anordnung des Vormundschaftsgerichts entgegenhalten. Denn sobald sie sich auf eine solche stützen kann, so ist von ihrer Seite aus keine widerrechtliche Vorenthaltung gegeben. Daher fragt es sich, ob das Vormundschaftsgericht dazu befugt ist, einstweilige Regelungen zu treffen.

Die Vorschriften über einstweilige Verfügungen in Ehesachen sind, obwohl materiellrechtlicher Natur, nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern in der Zivilprozeßordnung im § 627 enthalten[1]). Danach hat während des Eheprozesses das Gericht wegen der Sorge um die Person des Kindes und wegen des sich daraus ergebenden Rechtes der Herausgabe Anordnungen zu treffen, falls die Ehegatten nicht mehr zusammen leben. Nun liegt die Frage nahe: Kann, wenn die Voraussetzungen des § 627 ZPO. noch nicht vorliegen, also der Scheidungsprozeß noch nicht anhängig ist, das Vormundschaftsgericht über die Personensorge eine einstweilige Regelung treffen? Die Grundlage für die Entscheidung dieser Frage bildet der § 1634. Nach

1) Endemann S. 665 Anm. 22.

ihm geht das Recht des Vaters dem Rechte der Mutter vor. Dieser Rechtszustand bleibt bestehen, bis die Scheidung erfolgt (§ 1635). Also kann mangels gesetzlicher Vorschrift das Vormundschaftsgericht eine andere Regelung nicht treffen. Es wäre aber vielleicht an eine Analogie zu denken. Daß das Vormundschaftsgericht den persönlichen Verkehr bei bloß tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten regeln darf, obwohl das Gesetz von einer solchen Befugnis nur für den Fall der Scheidung spricht, hat das Reichsgericht anerkannt[1]). Es schließt sich in der zitierten Entscheidung den Ausführungen des Kammergerichts an[2]). Dieses verwendet eine Analogie[3]). Der § 1636 schreibt vor: Der Ehegatte, dem bei der Scheidung die Sorge für die Person des Kindes nicht übertragen wurde, behält die Befugnis zum persönlichen Verkehr. Diesen Verkehr kann das Vormundschaftsgericht näher regeln. Nun wendet das Kammergericht diese Vorschrift analog auf den Fall der nur tatsächlichen Trennung der Ehegatten an. Man könnte daran denken, ebenso auch den § 1635 selber, der von der Verteilung der Personensorge im Fall der Scheidung handelt, analog auf den Fall der bloß tatsächlichen Trennung anzuwenden. Wetzel[4]) hält diese Frage für erwägenswert. Man muß sie aber m. E. verneinen. Solange die Ehe bei Bestand ist, kann dem Vater die Personensorge nur nach § 1666 entzogen werden, und das Vormundschaftsgericht kann nicht, wie im Falle der Scheidung, eine Anordnung treffen, die sich nach dem Interesse des Kindes richtet. So sagt das Gesetz. Wir müssen uns daran halten, wenngleich

1) Reichsgerichts-E. Bd. 69, S. 94, 95; vgl. Komm. d. RGR.; ferner Blume, Seufferts Archiv Bd. 72, S. 95 ff., der den § 1636 in einem noch viel weiteren Umfang anwenden will.

2) RGE. Bd. 69, S. 95, 96.

3) vgl. Bayr. OLG. i. Recht 1909 Nr. 2823; Gimmertal i. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 4, S. 398; dagegen Josef, Bl. f. RA., Bd. 74, S. 121 f.

4) S. 129.

eine Regelung durch das Vormundschaftsgericht dem Kinde natürlich auch dann zum Wohle gereichen kann, wenn die Voraussetzungen des § 1666 nicht erfüllt sind. Man kann diesen Paragraphen nicht unbeachtet lassen, denn die Fürsorge für das Kind ist ein eigenes Recht des Gewalthabers. Es mag vielleicht verlockend sein, den § 1635, der die Verteilung der Personensorge für den Fall der Scheidung dem Vormundschaftsgericht überläßt, auf den Fall der tatsächlichen Trennung analog anwendet. Man muß sich aber vergegenwärtigen, daß beide Fälle grundverschieden sind. Die Anordnungen, die das Vormundschaftsgericht über den persönlichen Verkehr trifft, schneiden bei weitem weniger scharf in das Recht des Gewalthabers ein, als diejenigen, welche das Vormundschaftsgericht über die Personensorge selber trifft. Daher können jene Anordnungen auch nur bei tatsächlicher Trennung der Ehegatten getroffen werden, Anordnungen über die Personensorge selber jedoch nur bei Scheidung. So lehnt denn auch das Kammergericht die Analogie des § 1635 in einer Entscheidung vom 5. 9. 1910 ab. Es handelt sich da um den Antrag der von ihrem Ehemann getrennt lebenden Frau, die Sorge für die Person der Kinder ihrem Manne zu entziehen und ihr zu übertragen[1]). Das Kammergericht führt aus: „Es kommt lediglich § 1636 als Grundlage für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts in Betracht. § 1635, dessen entsprechende Anwendung zu erwägen wäre, wird nicht in Betracht gezogen, da er seinem Wortlaut und seinem ganzen Inhalt nach eine rechtskräftig geschiedene Ehe voraussetzt". Im gleichen Sinn hat sich das Kammergericht bereits im Jahre 1905 ausgesprochen[2]). Der § 1635 lasse ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts zu Gunsten eines der Eltern ausdrücklich nur für

1) KG. i. Zbl. 11/12, 45, 46 (Urteil v. 5. 9. 1910).

2) Urteil v. 4. 5. 1905, Zbl. Bd. 6, S. 274.

den Fall zu, daß die Scheidung der Ehe bereits stattgefunden habe, während für den Fall des bloßen Getrenntlebens der Ehegatten dieselben Bestimmungen maßgebend seien, wie wenn sie noch zusammenlebten. Nach den letzteren habe das Vormundschaftsgericht zur Wahrung der elterlichen Rechte der Ehefrau gegenüber dem sie verkürzenden Ehemann nicht einzugreifen. Das Bürgerliche Gesetzbuch, so heißt es weiter, behandelt zwar die elterliche Gewalt ihrer wesentlichen Grundlage nach als eine vormundschaftliche im modernen Sinn der Vormundschaft, d. h. als ein dem Interesse des Kindes dienendes Schutzinstitut, welches für den Inhaber der elterlichen Gewalt nicht allein das Recht, sondern auch die Pflicht der Sorge begründet[1]). Es hat jedoch den Inhaber der elterlichen Gewalt bei deren Ausübung bedeutend freier gestellt, als den Vormund bei derjenigen seiner vormundschaftlichen Fürsorge. Die Aufsicht des Vormundschaftsgerichts über ihn wurde grundsätzlich auf ein möglichst geringes Maß eingeschränkt und zwar lediglich im Interesse des Kindes, um dieses gegen einen etwaigen Mißbrauch der elterlichen Gewalt zu schützen. Sie ist nicht als eine regelmäßige, praeventive, sondern als eine nur in Veranlassung besonderer Umstände wirksam werdende, ausnahmsweise eintretende gestaltet[2]). Der von dem Vater über die Kinder getroffenen Entscheidung kann daher das Vormundschaftsgericht nur da entgegentreten, wo es vom Gesetz ausdrücklich ermächtigt ist. Dies ist zu Gunsten seiner von ihm getrenntlebenden Ehefrau nirgends geschehen. Von den festen gesetzlichen Bestimmungen darf man nicht willkürlich abweichen[3]). Daß im § 1635 BGB.

---

1) Mot. IV, 724.

2) Mot. IV, 802.

3) Seuff. Arch. Bd. 31, Nr. 244; Knitschky a. a. O. S. 156; KG. J. 30, S. A. 36.

die vormundschaftliche Fürsorge über den Rahmen des § 1666 hinaus erweitert ist, ist eine Besonderheit, die sich aus der Eigenart des § 1635 erklären läßt, der ja nur die Verhältnisse geschiedener Ehegatten im Auge hat, also Fälle, für welche das Überwiegen des Vaterrechts über das Mutterrecht — wie bei den §§ 1354, 1634 — nicht weiter besteht. Zwischen Eltern bei bestehender Ehe ist aber die Sachlage eine wesentlich andere. Die Wahrnehmung des Interesses der Kinder ist, sofern dieses Interesse in der Hand der Eltern oder eines Elternteils gefährdet erscheint, kraft tatsächlicher Fürsorge dem Vormundschaftsgericht übertragen, welches auf Antrag und von Amtswegen einschreiten kann. Wo ein solcher Anlaß sich nicht bietet, da bewegen sich die Unstimmigkeiten auf dem Gebiet des Privatrechts, das Vormundschaftsgericht ist also zu einem regelnden Eingreifen nicht befugt[1]). Bis zur Rechtskraft eines Scheidungsurteils bemißt sich die Sorge für die Person der Kinder nicht nach dem § 1635, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1627, 1630—34[2]).

So ist also die Ansicht des Reichsgerichts, der nur scheidungsberechtigten Frau dieselben Rechte zu gewähren, welche der auf Scheidung klagenden nach § 607 ZPO. oder der geschiedenen nach § 1635 BGB. zustehen, nicht zu teilen. Das Vormundschaftsgericht kann einstweilige Regelungen der Personensorge nicht treffen, sondern ist für sein Einschreiten an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 gebunden.

---

1) Kipp a. a. O. § 83. II, 3; ebenso OLGE. 3, 41.

2) Engelmann a. a. O. zu § 1635, Bem. 7; Josef i. Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 26, S. 51, Anm. 1; OLG. 8, 349; 2, 201.

Lebenslauf.

Ich, Walter Lebrecht, bin am 2. Juli 1890 zu Mainz als Sohn des Weingroßhändlers Ferdinand Lebrecht geboren. Ich besuchte von 1896—99 die Vorschule zum Mainzer Herbstgymnasium, sodann dieses letztere. 1908 bestand ich die Reifeprüfung. Darauf studierte ich je 1 Semester in München und Grenoble, 2 Semester in Berlin, 3 in Gießen und 2 in Marburg die Rechtswissenschaft. Am 5. Juli 1913 bestand ich am Casseler Oberlandesgericht die erste juristische Prüfung. Am 6. Dezember 1913 promovierte ich vor der Marburger juristischen Fakultät zum Doktor.